Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Auerbach
Referendar aus Frankfurt a. M.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Referent: Professor Dr. Fritz André.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. I. Zweckbestimmung des Instituts der Testamentsvollstreckung 1
II. Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im allgemeinen 5

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung des Instituts 6
1. Im römischen Recht 6
2. Im germanischen Recht 7

§ 3. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers 10

I. Gemeinrechtliche Theorien.
1. Arbeiter- oder Schiedsrichtertheorie 10
2. Legatstheorie 11
3. Vormundschaftstheorie 12
4. Mandatstheorie 13

II. Die heute vornehmlich vertretenen Theorien.
1. Die Stellvertretungstheorien.
a) Theorie der Nachlaßvertretung 15
b) Theorie der Vertretung des Erblassers 18
c) Theorie der Vertretung des Erben 19
2. Die Eigenrechtstheorien.
a) Theorie Seckts 25
b) Theorie Schultzes 26
c) Die herrschende Theorie 28

B. Hauptteil.

Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

§ 4. I. Der regelmäßige Wirkungskreis nach § 2206 Abs. 1 BGB.
a) Die Eingehung von Verbindlichkeiten, welche zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind 31
b) Die Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung 40

§ 5. Die Bedeutung der Verpflichtung des Erben zur Erteilung seiner Einwilligung gemäß § 2206 Abs. 2 BGB. 42

§ 6. Rechtliche Natur der vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten 45

§ 7. Die Haftung des Erben für die vom Testamentsvollstrecker wirksam eingegangenen Verbindlichkeiten 45

II. Sonderfälle.

§ 8. a) Erweiterte Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers 47

§ 9. b) Eingeschränkte Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers 51

§ 10. Die Haftung des Erben für die Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers den Nachlaßgläubigern gegenüber bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses 59

§ 11. Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.
a) Bei Schweben einer Nachlaßverwaltung 61
b) Bei Schweben eines Nachlaßkonkurses 63

§ 12. Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auf Grund seiner Prozeßführungsmacht 64

§ 13. Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, welcher selbst Erbe ist 68

III.

§ 14. Theoretische Begründung der Wirksamkeit der vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Nachlasse und den Erben 71

C. Schlußergebnis.

Literaturverzeichnis.

Hand- und Lehrbücher.

Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1837.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 4. Aufl.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 1860.
Böhm, Erbrecht. Hannover 1900.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1904.
Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 5. 1913.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 5. 1911.
Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 3. 1896.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2 1900, Bd. 3 1899.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1912.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1901.
Engelmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1908.
Fischer-Henle, Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1909.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 1893.
Frommhold, Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1899/1900.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1906—1908.
Gengler, Preußisches Privatrecht. 1862.
Gerber, Deutsches Privatrecht. 11. Aufl. 1873.
Gruchot, Preußisches Erbrecht.
Hachenburg, Vorträge 1900.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Stuttgart 1897.
Hellfeld, juris prudentia forensis sec. Pand. 1742.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1906.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885/86.
Kipp, Lehrbuch des Erbrechts. 1911.
Koch, Preußisches Erbrecht. 1866.
Kretzschmar, Erbrecht. 1910.
Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Leonhard, Franz, Kommentar zum Erbrecht. 1912.
Leyser, Meditations ad pand. spec. 1717.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1910.
Mayer und **Reis,** Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 4. Aufl. 1902.

Mevius, Decisiones ad ius Lubec. Frankfurt 1664.
Meyer, Paul, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Münsinger, Responsa juris. 1563.
Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1909.
Pelargus, Erbrecht. 1899.
Petersen-Anger, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Planck-Ritgen, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 1906.
Puchta, Pandekten. 1877.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1913.
Roth-Becher, Bayrisches Zivilrecht. 1897/98.
Scherer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 1900.
Schröder, Deutsches Privatrecht. 1898.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1910.
Seufert, Pandekten. 1825.
Sintenis, Pandekten. 1868.
Sohm, Institutionen. Leipzig 1903.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Staudinger-Herzfelder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil 7./8. Aufl., Erbrecht 5./6. Aufl.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. Bd. 5. 1893.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. 1 u. 2. 1903/04.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1910.
Thibeaut, Pandekten. 1814.
Unger, Österreichisches Privatrecht. 1894.
Wilke, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. 1901.

Monographien.

Beseler in der Zeitschrift für deutsches Recht 1845 Bd. 9 S. 144.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Bd. 1 1901, Bd. 2 1903, Bd. 3 1905.
Bingner im Sächsischen Archiv Bd. 5 S. 598 ff.
Böhm in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 460 ff.
Böhm im Recht 1900 S. 269 ff.
Borcherdt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung. 1901.
Borcherdt, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 94 S. 197 ff.
Brettner im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 217 ff.
Bunsen in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 26 S. 265.
Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 603 ff.
Förster, Theorie und Praxis. Bd. 4.
Gierke in den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentags Bd. 3.
v. Glanwell, Die letztwilligen Verfügungen nach gemeinem kirchlichen Recht. 1900.
Goldfeld, Streifragen aus dem deutschen Erbrecht. Bd. 2. Hamburg 1893.

Hartmann in den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages Bd. 1.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hinschius in der Preußischen Anwaltszeitung 1866.
Hölder, Natürliche und juristische Personen. 1905.
Hupka, Die Vollmacht. Leipzig 1900.
Jaeger, Nachlaßkonkurs und Erbenhaftung. Berlin 1898.
Kisch, Besprechung von Böhms Erbrecht. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 31 S. 417.
Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie 1903 und Blätter für Rechtsanwendung Bd. 73 S. 69.
Kretzschmar, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. 9 S. 49 ff.
Lammer, Das Recht der treuen Hand nach deutschem Rechte. Würzburg 1875.
Leonhard, Franz, Die Beweislast. 1910.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des preuß. allgem. Landrechts. 1900—1903.
Levy in den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages.
Marcus im Sächsischen Archiv Bd. 8 S. 54 ff.
Märker, Die Nachlaßbehandlung. Berlin 1900.
Martin, Die Haftung des Erben.
Meischeider, Letztwillige Verfügungen. Leipzig 1900.
Mühlenbruch in Glücks Pandekten Bd. 43 1896.
Pauly, Abhandlungen aus dem lybischen Recht. Bd. 3. 1841.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts. Berlin 1907.
Petersen, Konkursverwalter. Im Sächsischen Archiv Bd. 1 S. 1 ff.
Petersen, Parteibegriff und Parteifähigkeit. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 18 S. 1 ff.
Planck, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. In der Deutschen Juristenzeitung 4. Jahrg. S. 365 ff.
Rosenthal, Die Befugnis des Testamentsvollstreckers, den Nachlaß zu verpflichten. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 735 ff.
Rosenthal, Sachlegitimation.
Roßhirt in der Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht Bd. 1 Heft 2 S. 217 ff.
Rüger im Sächsischen Archiv Bd. 9 S. 69 ff.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. Leipzig 1902.
Schultze, Treuhänder im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1895.
Stegemann in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 17 S. 328 ff.
Stobbe in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 424.
Sturm, Zur Lehre von den Testamentsvollstreckern. Leipzig 1898.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.
Wendt im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 86 S. 384 ff.
Weyl in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 4 S. 53 ff.

Dissertationen.

Andree, Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers. Freiburg 1900.
Arnold, Der Testamentsvollstrecker. München 1902.
Daege, Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Leipzig 1904.
Deutsch, Der Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im römischen Recht. Göttingen 1899.
Euker, Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers. Würzburg 1912.
Freudenheim, Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers. Berlin 1900.
Jeglinsky, Die rechtliche Natur und der regelmäßige Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers nach bürgerlichem Recht unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Leipzig 1907.
Koch, Nachlaß- und Nachlaßverbindlichkeiten. Rostock 1903.
Körner, Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers. Straßburg 1911.
Lissauer, Juristische Natur des Testamentsvollstreckers. Erlangen 1896.
Maeder, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Berlin 1897.
Marschner, Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung. Rostock 1904.
Monroy, Prozeßführung des Testamentsvollstreckers.
Patzelt, Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch. Greifswald 1904.
Reißner, Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Gültigkeit des Testaments. Freiburg 1901.
Rosenthal, Rechtliche Natur der Testamentsexekution. Breslau 1883.
Schaller, Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit des Testaments. Göttingen 1901.
Schleifer, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. Breslau 1908.
Seckt, Beiträge zur Lehre von dem Testamentsvollstrecker. Leipzig 1900.
Siegert, Die rechtliche Natur und Stellung des Testamentsvollstreckers. Leipzig 1903.
Welty, Die Testamentsvollstreckung auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Schweizer Privatrechts. 1906.
Werny, Die Stellung des Testamentsvollstreckers. Köln 1908.
Wiebering, Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers. Leipzig (Borna) 1904.
Wolff 1902 = Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. Göttingen.
Wolff 1907 = Legitimation des Testamentsvollstreckers zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs.
Wolff, Fritz, 1909 = Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen. Breslau.

Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht. (zit.: ArchBürgR.)
Blätter für Rechtspflege. (zit.: KGBl.)

Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)
Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (zit: EFG.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RG.)
Entscheidungen des Kammergerichts in Johows Jahrbüchern. (zit.: KGJ.)
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (GruchotsBeitr.)
Jherings Jahrbücher. (zit.: JheringsJ.)
Juristische Wochenschrift. (zit.: JW.)
Preußische Anwaltszeitung.
Recht, Das.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (zit.: Rspr.)
Sächsisches Archiv. (zit.: SächsArch.)
Seufferts Archiv. (zit: SeuffArch.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. (zit.: SeuffBl.)
Zeitschrift für das deutsche Recht.
Zeitschrift für Notariat. (zit.: DNotZ.)
Zeitschrift für Rechtsgeschichte. (zit.: ZRG.)
Zeitschrift für Zivilprozeßrecht. (zit.: ZZP.)
Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. (zit.: ZBlFG.)

A. Einleitung.

I. Zweckbestimmung des Instituts der Testamentsvollstreckung.

§ 1.

Ein wichtiges Problem, welches dem Gesetzgeber bei Aufstellung der leidenden Grundsätze unseres Erbrechts gegenübertrat, bestand darin, dem Erblasser die Möglichkeit einzuräumen, mit seinem Vermögen auch über seinen Tod hinaus nach Belieben zu schalten und zu walten, ohne ihm indes andererseits die Befugnis zu gewähren, seine allernächsten Verwandten bei Fehlen eines zwingenden Grundes von jeder Zuwendung auszuschließen. Dem Gesetzgeber ist es gelungen, diese schwierige Aufgabe in entsprechender Weise zu lösen, indem er als Prinzip völlige Testierfreiheit aufstellt und daneben den nächsten Angehörigen des Erblassers einen gegen die Erben gerichteten obligatorischen Geldanspruch gibt (Pflichtteilsrecht), der diesen nur aus triftigen Gründen entzogen werden kann. Aber auch damit, daß es der Erblasser in der Hand hat, sich seinen Erben frei zu bestimmen, ist ihm noch nicht die genügende Gewähr dafür geboten, daß sein letzter Wille auch tatsächlich nach seinem Tode zur Ausführung gelangt. Dem Erblasser diese Sicherheit zu verleihen, konnte der Gesetzgeber zwei Wege einschlagen: Er konnte ein staatliches Organ mit der Beaufsichtigung der Erben betrauen und so unmittelbar durch die Macht des Staates den letztwillig geäußerten Wünschen des Erblassers Geltung verschaffen im Widerstreite mit den Interessen der Erben. Er konnte ferner ein vom Staate grundsätzlich unabhängiges Organ in unser Rechtssystem aufnehmen,

welches auf eine ausdrückliche Anordnung des Erblassers hin tätig wird, um dessen auf den Todesfall getroffenen Bestimmungen in Unabhängigkeit von den Erben zu verwirklichen. Der Gesetzgeber hat in richtiger Einsicht, daß es sich hierbei um eine rein privatrechtliche, das Interesse des Staates nicht unmittelbar berührende Aufgabe handelt, den letzteren Weg eingeschlagen und in der Testamentsvollstreckung ein Institut zur Anerkennung gebracht, vermöge dessen der Erblasser seinen Willen, den die Rechtsordnung anerkennt, auch über seinen Tod hinaus durchzusetzen vermag.

In Preußen hat ferner der Gesetzgeber die Anwendung des Instituts auch noch insofern erleichtert und begünstigt, als er mit dem Bestehen einer Testamentsvollstreckung gewisse Vorteile in materieller Beziehung verknüpft. Enthält ein Nachlaß auch Grundstücke, so bedürfen die Erben zu Rechtsgeschäften in Ansehung derselben oft eines Erbscheins, so z. B. gegenüber dem Vollstreckungsgericht nach § 727 ZPO., §§ 17 Abs. 3 und 177 ZVG., gegenüber dem Grundbuchamt nach §§ 36, 37 GBO., gegenüber den Registerbehörden nach Reichsschuldbuchgesetz § 11, Nachlaßordnung § 62 Abs. 4; ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden, so hat dieser hierzu ein Testamentsvollstreckerzeugnis einzuholen. Nun ist zwar nach § 81 Abs. 7 preuß. GKG. v. 25. 7. 1910 die Gebühr für das Testamentsvollstreckerzeugnis und diejenige für den Erbschein gemäß Abs. 1 desselben Paragraphen die gleiche, indem der im § 57 bestimmte Gebührensatz B erhoben wird. Bei einem großen Nachlasse ist aber um deswillen die Gebühr für das Testamentsvollstreckerzeugnis bedeutend geringer, weil nach § 81 Abs. 7 letzter Satz der Wert des Nachlasses bei Berechnung der Gebühr für das Testamentsvollstreckerzeugnis bedeutend geringer anzunehmen ist als bei Berechnung der Gebühr für den Erbschein. Denn der Wert für das Testamentsvollstreckerzeugnis und für die hierzu er-forderliche eidesstattliche Versicherung des Testamentsvollstreckers, daß seines Wissens andere Verfügungen von Todes wegen als die verkündete nicht vorhanden seien (§ 81 Abs. 1, 2 u. 7 preuß. GKG.), ist nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 23 Abs. 1 zu bemessen, welche dahin lautet:

„Bei nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten wird der Wert des Gegenstandes zu 3000 Mk., ausnahmsweise höher oder niedriger, jedoch nicht über 100 000 Mk. und nicht unter 200 Mk. angenommen". Nach einer in der Zeitschrift für deutsche Justizsekretäre veröffentlichten Entscheidung des Kammergerichts v. 5. 5. 1911 (vgl. Zeitschr. 1911 Sonderbeilage für Preußen Nr. 9) ist demzufolge ein Betrag von 3000 Mk. als Wert bei einem Reinnachlaß von 100 000 Mk. eher noch zu hoch als zu niedrig gegriffen.[1]) In dieser Entscheidung weist das Kammergericht auch ausdrücklich darauf hin, daß selbst für die allergrößten Millionenerbschaften gemäß § 23 Abs. 1 preuß. GKG. niemals ein höherer Wertgegenstand für das Vollstreckerzeugnis als 100 000 Mk. in Frage kommen könne. Der Zweck des Gesetzgebers ist hierbei stets der, „die Testamentsvollstreckerzeugnisse durch Herabsetzung ihres Gegenstandswertes kostengesetzlich zu begünstigen".[2])

Im praktischen Leben wird besonders in denjenigen Fällen das Institut Anwendung finden, in welchen es sich um einen Nachlaß bedeutenderen Umfangs handelt. Ist die Nachlaßmasse nur eine geringe, so wird der Erblasser im allgemeinen kein Interesse daran haben, einen Testamentsvollstrecker zu bestellen. Die Gründe, welche zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung bestimmen, sind mannigfacher Natur, hervorgehoben seien hier nur folgende, welche des öfteren den Erblasser zu einer dahingehenden Verfügung bewegen.

Er mag beispielsweise fürchten, die Erben würden, ganz auf sich selbst angewiesen, sich bei der Auseinandersetzung nicht einigen und das Nachlaßgericht um die Verteilung der Nachlaßmasse ersuchen (vgl. § 86 FGG.). Um zu verhindern, daß sein Nachlaß im Wege dieses öffentlichen Verfahrens zur Verteilung gelangt, bestellt er einen Testamentsvollstrecker, den

---

[1]) vgl. auch KG. v. 5. 5. 1911 in KGJ. Bd. 41 S. 306 ff., worin ausgeführt wird, daß auch für die zur Erlangung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses vor Gericht abgegebene eidesstattliche Versicherung nach § 81 Abs. 7 preuß. GKG. die Wertberechnungsvorschrift des § 23 Abs. 1 preuß. GKG. gilt.

[2]) vgl. KGJ. Bd. 41 S. 307.

er mit der Bewirkung der Auseinandersetzung betraut und dessen Persönlichkeit ihm eine gerechte Verteilung verbürgt.

Andererseits kann der Erblasser befürchten, daß der Erbe nicht mit der erforderlichen Gewissenhaftigkeit die Vermächtnisse und Auflagen erfüllt, mit denen ihn der Erblasser beschwert hat. Will er sicher sein, daß auch seine diesbezüglichen, dem Erben unwillkommenen Verfügungen in seinem Sinne erledigt werden, will er insbesondere eine Gewähr dafür haben, daß auch die von ihm angeordneten Auflagen, auf deren Vollziehung der Bedachte selbst nicht klagen kann,[1]) richtig seitens des damit Beschwerten erfüllt werden, so ordnet er eine Testamentsvollstreckung an. Der zum Testamentsvollstrecker Berufene, meist eine uninteressierte Persönlichkeit, hat dann an Stelle der Erben die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen.

Schließlich kann der Erblasser auch seinem Erben die Verwaltung des Nachlasses nicht anvertrauen wollen und deshalb einen Testamentsvollstrecker bestellen, damit dieser statt des Erben die Verwaltung führt. Aus zwei Gründen kann er zu dieser Maßregel greifen: Sein dereinstiger Erbe kann persönlich überschuldet sein und der Erblasser den Nachlaß dem Zugriff der Gläubiger desselben entziehen wollen, was er durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung erreicht;[2]) oder er traut vielleicht dem Erben nicht die Fähigkeit zu, des ererbte Vermögen, welches in der verschiedensten Weise sehr gewinnbringend angelegt ist, aber dessen Verwaltung außerordentlich schwierig ist und große Sachkenntnisse voraussetzt, ordnungsgemäß und vorteilhaft persönlich verwalten zu können.[3])

Regelmäßig also wird, was aus diesen Beispielen insgesamt hervorgeht, der Erblasser dann eine Testamentsvollstreckung anordnen, wenn er eine besondere Gewähr dafür haben will, daß sein letztwillig geäußerter Wille, mag dier auch den Interessen seiner Erben widerstreiten, zur Ausführung gelangt. Da er selbst hierüber nicht wachen kann, so wählt er sich einen unabhängigen Vertrauensmann, welcher die Sorge hierfür übernimmt.

[1]) vgl. § 2194 BGB.
[2]) vgl. § 2214 BGB.
[3]) vgl. auch Körner S. 5ff.

II. Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im allgemeinen.

Unter Berücksichtigung dieser Beweggründe, welche in der Regel einen Erblasser zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung bestimmen, hat der Gesetzgeber dem Testamentsvollstrecker folgende Aufgaben gestellt:

1. Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers (Vermächtnisse, Auflagen) zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB.), event. ihre Ausführung vom Erben zu verlangen (§ 2208 Abs. 2 BGB.).

2. Er hat ferner die Pflicht, die Auseinandersetzung unter den Miterben nach Maßgabe der vom Bürgerlichen Gesetzbuch hierfür aufgestellten Grundsätze (§§ 2042, 2056 BGB.) und der Anordnungen des Erblassers zu bewirken (§ 2204 BGB.).

Um ihm die Erfüllung der zu 1. und 2. dargelegten Pflichten zu ermöglichen, hat er das Recht, den Nachlaß zu verwalten (§ 2205 BGB.). Hiermit ist das Recht verknüpft, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, des weiteren auch ein beschränktes Recht zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß (§ 2206 BGB.), verbunden ist ferner hiermit eine der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers entsprechende Verfügungsbeschränkung des Erben (§ 2211 BGB.) und schließlich die Legitimation des Testamentsvollstreckers zur Prozeßführung §§ 2212 f. BGB.).

Diese Aufgaben und Befugnisse zu ihrer Durchführung hat der Testamentsvollstrecker aber nur dann, wenn nicht der Erblasser eine ausdrückliche, gegenteilige Anordnung getroffen hat, es steht in dessen Macht, die Rechte des Testamentsvollstreckers, von den wenigen zwingenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches abgesehen (vgl. § 2220 BGB.), anders zu gestalten, er kann sie einschränken und erweitern.

Die folgenden Ausführungen bezwecken, eine Einzelfrage des näheren zu behandeln, es soll versucht werden, die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers darzulegen, zu schildern, inwieweit dieser berechtigt ist, Verbindlichkeiten einzugehen und inwieweit er durch Begründung solcher Verbindlichkeiten den Erben verpflichten kann.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung des Instituts.

Bevor wir uns aber der Behandlung dieser Frage zuwenden, ist es geboten, wenn wir uns mit dem Wesen des Rechtsinstituts der Testamentsvollstreckung vertraut machen wollen, einen kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung desselben voranzustellen.

1. Im römischen Recht.

Dem römischen Recht war das Institut des Testamentsvollstreckers fremd.[1]) Dies erscheint zwar verwunderlich, da gerade hier die Form des Testamentes sich schon früh entwickelt hat. Da aber die Gültigkeit des Testaments von der wirksamen Einsetzung eines Erben bedingt war, so war der Erbe der natürliche Vollstrecker der Anordnungen des Erblassers. Dem Erben selbst aber den Charakter eines Testamentsvollstreckers zuzuschreiben, geht nicht an. Denn wenn er auch ursprünglich[2]) mit beliebig hohen Auflagen und Vermächtnissen beschwert werden konnte und ihm die Erfüllung der letztwilligen Bestimmungen des Erblassers oblag, so haftete er doch einerseits im Gegensatze zu dem Testamentvollstrecker des heutigen Rechtes persönlich für die Verbindlichkeiten, und andererseits konnte er auch die Erbschaft ausschlagen und hierdurch, da ja nunmehr die gesetzliche Erbfolge eintrat und das Testament in allen Punkten, auch hinsichtlich der Legate, seine Wirkung verlor, die Ausführung des letzten Willens des Erblassers völlig vereiteln.

Auch in dem familiae emptor des römischen Rechts dürfen wir nicht den Ursprung unseres heutigen Instituts erblicken.[3]) Denn wenn auch der familiae emptor, dem ursprünglich der Erblasser zu Lebzeiten sein Vermögen in Form der mancipatio per aes et libram übertrug, gemäß dem Willen des Erblassers

[1]) vgl. Deutsch, Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im römischen Recht.

[2]) Später wurde die Testierfreiheit des Erblassers eingeschränkt, z. B. durch die lex Furia testamentaria, die lex Voconia (169 v. Chr.) und die lex Falcidia (40 v. Chr.).

[3]) So Sohm S. 532ff.; wie hier: Engelmann, Das bürgerliche Recht S.767 und Glanwell, Die letztwilligen Verfügungen nach gemeinem Recht S.79ff.

nach dessen Tode die Zuwendungen an die Bedachten verteilte, so beruht dies doch nur auf der im römischen Rechte mangelnden Möglichkeit, in anderer Form zu testieren. Mit Zulassung der Testamente wurde der familiae emptor aus einem Erbschaftskäufer zum Testamentszeugen, um schließlich überhaupt nicht mehr hinzugezogen werden zu müssen.

Auch die von Goldfeld herangezogenen Digestenstellen (vgl. l. 96 § 3 D. de leg. II, 1; 107 pr. h. t.; l. 88 § 1 D. de lege II; l. 12 4 D. 11, 7; l. 88 § 1 D.) beweisen nichts für den römischen Ursprung unseres Instituts, da wir es hier richtiger Ansicht nach mit einem fideicommissum (Universalfideikommis) oder einem legatum sub modo (hier war die Honorierung des mit dem Vermächtnis Bedachten von der Ausführung der Anordnungen des Erblassers bedingt[1]) zu tun haben.

Keine Testamentsvollstrecker sind ferner auch die im römischen Recht dann auftretenden Mittelspersonen, wenn eine Zuwendung an eine ganze Personenklasse, z. B. die pauperes, captivi usw. erfolgt ist,[2]) da diese im öffentlichen Interesse, nicht im Privatinteresse des Erblassers ihre Aufgabe erfüllten.[3])

2. Im germanischen Recht.

Es ist daher geboten, den Ursprung des Instituts in dem deutschen Rechte zu suchen,[4]) wenn sich auch erst durch Vermischung mit dem römischen Recht die Form unserer heutigen Testamentsvollstreckung herausgebildet hat.[5])

Während im römischen Recht schon früh neben der gesetzlichen Erbfolge die testamentarische aufkam, galt bei den Germanen lange Zeit der Grundsatz: „Der Erbe wird geboren, nicht gekoren". Diesen ursprünglichen Rechtszustand schildert uns Tacitus in seiner Germania (Kap. 20) mit den Worten:

[1]) vgl. z. B. l. 12 § 4 D. 11, 7; l. 96 § 3 de lege I sowie Jeglinsky S. 5.

[2]) vgl. Jeglinsky S. 6 u. 7.

[3]) vgl. z. B. c. 48 (49) C I 3; nov. 131 cap. 11.

[4]) So die herrschende Meinung, u. a.: Beseler in Zeitschr. S. 144ff.; Häusler § 202; Schröder S. 740; Stobbe § 308 S. 260; Pauli S. 309; Lammer S. 18; Mühlenbruch in Glücks Pand. Bd. 43 S. 390; Seckt S. 1; Schultze S. 96.

[5]) vgl. Euker S. 6; Jeglinsky S. 7.

„Heredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum".

Erst allmählich erachtete man Ausnahmen von dem unbedingten Erfordernis der gesetzlichen Erbfolge für statthaft und ließ Zuwendungen zunächst nur in Form eines Vermächtnisses, schließlich aber auch eine Erbeseinsetzung zu. Über das ursprüngliche Verbot der „Vergabungen von Todes wegen" setzte man sich nun hinweg durch die Sitte der Erbenkürung, die sogen. „affatomie" des fränkischen Rechts.[1]) Der Erblasser übertrug den betreffenden Gegenstand oder sein ganzes Vermögen einem Treuhänder,[2]) „salmann" (er wird auch manufidelis, Seelwarter, selgereter genannt)[3]) durch eine besondere Besitzübertragungshandlung, den „festuca — Wurf". Nach der schon oben angeführten lex Salica (Titel 46) war der Treuhänder auf Grund der dem Erblasser gelobten Treue verpflichtet, das ihm anvertraute Vermögen zwölf Monate nach dem Tode des Erblassers vor dem ersten Thing oder dem König an den vom Erblasser bestimmten Erben herauszugeben. Der Salmann war also nur eine Mittelperson, die dem Erblasser die sichere Ausführung seiner Anordnungen ermöglichte.

Während zunächst nur „Erblose", d. h. solche Personen, die keine natürlichen Erben hatten, zur Vermeidung des „Heimfalls" des Guts an das Volk oder den König[4]) auf diese Weise einen Erben küren konnten, wurde dies später ganz allgemein zugelassen.

Sehr häufig waren auch letztwillige Zuwendungen zu frommen Zwecken, sogen. donationes pro anima oder „Seelgerät",[5]) wobei

---

[1]) vgl. lex Salica tit. 46. Die Langobarden bezeichnen sie „garethinx"; vgl. Heusler, Instit. Bd. 2 S. 621 ff.

[2]) Auch das englische Recht kennt den Treuhänder; heute spielt dort das Institut der „trustees" eine wichtige Rolle. Hier hat sich noch bis in die neuere Zeit der Gebrauch erhalten, daß der nach Ausführung des Testaments verbleibende Rest des Nachlasses dem Testamentsvollstrecker persönlich zufällt; vgl. Weißler S. 175; Hartmann, Verhandl. Bd. 1 S. 13 f.; Förster-Eccius Bd. 4 S. 443 Anm. 1.

[3]) vgl. Stobbe S. 262.

[4]) vgl. Heusler Bd. 2 § 194.

[5]) vgl. Seckt S. 4 ff.; Stobbe in ZRG. Bd. 7 S. 424.

der Treuhänder der Aufsicht kirchlicher oder weltlicher Behörden unterstellt wurde.[1])

Auch als später der Erblasser sein Vermögen schon zu Lebzeiten vertraglich dem erwählten Erben übertrug und damit der ursprüngliche Grundgedanke des Instituts in Wegfall kam, erhielt sich dieses noch aus besonderen Gründen, u. a. auch deshalb, weil sich durch Widerruflichkeit des Auftrages des Testamentsvollstreckers der Erblasser so auch die Widerruflichkeit der Zuwendung sichern konnte.[2])

Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers änderte sich, als in Deutschland im Laufe des zwölften Jahrhunderts einseitige letztwillige Verfügungen aufkamen, die sich zwar zunächst nur als ein „Aggregat von Vermächtnissen" darstellten.[3]) Während, wie eben kurz bemerkt, der Testamentsvollstrecker ursprünglich die Möglichkeit des Widerrufs der Zuwendung dem Erblasser verschaffte, infolge der Einseitigkeit der Verfügung dieser Zweck nunmehr entfiel, trat jetzt eine neue Aufgabe an den Testamentsvollstrecker heran: Er sollte das ausführende Organ der Anordnungen des Erblassers sein und nötigenfalls den Erben zur Durchführung derselben zwingen. War das Institut des Treuhänders ursprünglich, wie wir sahen, sachenrechtlicher Natur, so erhält es hiermit einen erbrechtlichen Charakter.[4])

Mit der Rezeption des römischen Rechts, die in Süddeutschland etwa um 1500, in Norddeutschland etwa um 1600 vollendet war, hat sich das Institut unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt erhalten und weiterentwickelt. Die erbrechtliche Natur tritt im Gegensatz zu der früher sachenrechtlichen Struktur noch schärfer hervor, er ist nun das uninteressierte Organ zur Ausführung des letzten Willens des Erblassers, wenn nötig im Kampfe mit den widerstreitenden Interessen des Erben.

---

[1]) vgl. Körner S. 10.

[2]) vgl. des näheren Stobbe in ZRG. Bd. 7 S. 424; Euker S. 4 und Jeglinsky S. 9.

[3]) vgl. Beseler, Erbverträge Bd. 1 S. 285.

[4]) vgl. Patzelt S. 14; Andree S. 10; Schultze S. 170; Seckt S. 7; Euker S. 5.

Manche Schriftsteller führen die heutige Form der Testamentsvollstreckung auf das Institut der „Vogtei“ zurück, ursprünglich eine für Erschlagene vorkommende gesetzliche Vormundschaft zwecks Sühnung des am Getöteten begangenen Verbrechens. Da aber beide Institute, Salmann wie Vormund, derselben geschichtlichen Wurzel entspringen und die Unterschiede im Laufe der Zeit immer mehr verblassen, so würde es den Rahmen dieser Arbeiten überschreiten, würden wir des näheren auf diese Frage eingehen.[1])

§ 3.

Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers.

Wenden wir uns nun im folgenden der Stellung zu, die unser heutiges Recht gegenüber dem Institute einnimmt, so sehen wir: Wie in der Behandlung vieler Fragen, so hat es sich das Bürgerliche Gesetzbuch auch bei der Konstruktion des Testamentsvollstreckers zur Aufgabe gemacht, zwar dessen Befugnisse im einzelnen festzusetzen,[2]) die Beantwortung der Frage aber, welchen rechtlichen Charakter das Institut habe, hat es der Wissenschaft überlassen. Bevor wir uns daher der Untersuchung unterziehen, wie weit der Testamentsvollstrecker den Nachlaß und den Erben persönlich durch seine Handlungen verpflichten kann, erscheint es geboten, die rechtliche Natur des Instituts zunächst klarzustellen. Nur auf dieser Grundlage können wir jene dem Testamentsvollstrecker vom Gesetze gewährte Befugnis theoretisch begründen, eine Aufgabe, die wir unten des näheren auszuführen haben werden.

I. Gemeinrechtliche Theorien.

1. Arbiter- oder Schiedsrichtertheorie.

Gehen wir zunächst in Kürze auf die gemeinrechtlichen Theorien ein, so tritt uns zuerst eine im Mittelalter verbreitete Theorie entgegen, die sogen. Arbiter- oder Schiedsrichter-

[1]) vgl. Beseler, DPrivR. S. 672ff.; Seckt S. 9ff.; Eucker S. 6f.

[2]) Die bisherigen Landesgesetzgebungen hatten das Institut nur in gedrängter Kürze geregelt. Vgl. bayr. LR. III, 2 §§ 15ff.; ALR. I, 12 §§ 557 bis 562; code civil art. 1025—1034; sächs. Gesetzbuch §§ 2230—2245 und das österr. BGB. in einem einzigen Pharagraphen: § 816.

theorie. Sie führt zurück auf die schon oben erwähnte Sitte, letztwillige Verfügungen „zu frommen Zwecken“ zu treffen, indem der Erblasser mit der genauen Bestimmung des Zweckes einen Geistlichen betraut. Dieser sollte wie ein Arbiter über die Verwendung des Nachlasses entscheiden. Hieraus folgern Roßhirt,[1]) Leyser[2]) und Hellfeld,[3]) der Testamentsvollstrecker sei stets als ein Arbiter oder Schiedsrichter zu erachten. Ganz zu unrecht, wie heute allgemein anerkannt wird. Handelt es sich schon im gemeinen Recht um einen besonderen Fall, der keinerlei Rückschluß für die Stellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen gestattet,[4]) so ist diese Anschauung für das Bürgerliche Gesetzbuch völlig unhaltbar, da hier dem Testamentsvollstrecker nur auf Grund einer ausdrücklichen Ermächtigung des Erblassers ganz ausnahmsweise schiedsrichterliche Aufgaben zugewiesen sind.

2. Legatstheorie.

Nicht minder verwerflich ist die sogen. Legatstheorie, derzufolge die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ein Legat zugunsten des Testamentsvollstreckers darstellt.[5]) Da ein Vermächtnis eine Vermögenszuwendung aus der Erbschaft an den Vermächtnisnehmer zur Voraussetzung hat,[6]) bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers eine Vergütung vom Testator ausgeschlossen werden kann und man in den dem Testamentsvollstrecker eingeräumten Befugnissen keine Zuwendung eines Vermögensvorteiles erblicken darf,[7]) weil den Rechten entsprechende Pflichten gegenüberstehen, so kann von einem Vermächtnis zugunsten des Testamentsvollstreckers nicht die Rede sein.[8]) Auch würde der Testamentsvollstrecker als Legatar nur

[1]) Zeitschr. f. Zivil- u. KrimR. Bd. 1 Heft 2 S. 217ff.

[2]) Meditationes ad pand. spec. 374, 8.

[3]) Juris prud. forensis sec. pand. ord. pop. § 1503.

[4]) vgl. Beseler in Zeitschr. S. 171.

[5]) Ob diese Theorie auf Durantis zurückzuführen ist, erscheint zweifelhaft. vgl. Freudenheim S. 13ff.; Schleifer S. 27ff. Sie wird hauptsächlich von Koch: Erbrecht S. 339 vertreten.

[6]) vgl. RG. Bd. 16 S. 187.

[7]) Irrig Koch a. a. O.

[8]) vgl. Monroy S. 13; Goldfeld S. 76; Böhm, Erbrecht S. 176.

ein obligatorisches Forderungsrecht gegen den Beschwerten erlangen, während er ja gerade eine absolute, dinglich wirkende Verfügungsgewalt erhält.[1])

3. Vormundschaftstheorie.

Weit größere Verbreitung fand im gemeinen Recht die sogen. Vormundschaftstheorie, die nach einer unter anderen von Beseler (S. 657) vertretenen, von Goldfeld (S. 75) und Reißner (S. 8 ff.) bekämpften Ansicht auf Durantis zurückzuführen ist. Wen wir als den eigentlichen Begründer dieser Theorie zu erachten haben, mag hier unerörtert bleiben, es genügt festzustellen, daß die Theorie als die im 16. und 17. Jahrhundert herrschende aufzufassen ist.[2]) Der Grundgedanke der Theorie kommt recht treffend in dem Satze zum Ausdruck: „executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur", die Stellung des Testamentsvollstreckers ist nach Analogie der Stellung des Vormundes aufzufassen.

Betrachten wir nun aber die Ähnlichkeiten und die Unterschiede zwischen beiden Instituten, so überwiegen doch letztere in hohem Maße. Die Ähnlichkeit besteht nur darin, daß beide auf Grund einer letztwilligen Verfügung berufen sein können[3]) und beide mit einer Vermögensverwaltung für einen Dritten betraut sind.[4]) Von den belangvollen Unterschieden, denen gegenüber die dargelegten Ähnlichkeiten kaum noch Bedeutung beanspruchen können, sei nur auf folgende hingewiesen:

Die Anordnung der Vormundschaft dient dem öffentlichen Interesse, die Bestellung eines Testamentsvollstreckers nur den

---

[1]) vgl. Mäder S. 13; Matthiaß S. 523; Sturm S. 15; Dernburg, PrPrivR. S. 472 ff.; Euker S. 15.

[2]) vgl. Beseler in Zeitschr. S. 159, 161; B. Carpzow: juris pr. Rom. Saxon. p. III const. 13 def. 37, 38. D. Mevius, Comm. ad jus Lubec. lib. II tit. 1 art. 15; S. I. Mynsinger, Responsa juris Dec. IV responsum 35 Nr. 24; Nürnberger Reformation von 1565 Titel 22; Frankfurter Reformation Teil IV Titel 11. Als heutige Vertreter der Theorie sind Windscheid (vgl. Windscheid-Kipp: Pand. Bd. 3 S. 296) und Heusler (Inst. Bd. 2 S. 652) zu nennen.

[3]) Hierin liegt nach Wolff S. 27 und Welty S. 25 überhaupt die einzige Ähnlichkeit.

[4]) vgl. Euker S. 9.

Privatinteressen des Erblassers.[1]) Der zum Vormund Ernannte kann die Annahme nur aus gewissen, vom Gesetze ausdrücklich bezeichneten Gründen[2]) ablehnen, die Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker ist in das freie Belieben der genannten Personen gestellt.[3]) Der Vormund untersteht der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, der Testamentsvollstrecker nicht, er kann nur auf Antrag eines der Beteiligten aus besonderen Gründen entlassen werden.[4]) Im übrigen endigt die Vormundschaft mit dem gesetzlich festgelegten Termine oder auf Anordnung des Gerichts, die Testamentsvollstreckung nach erfolgter Ausführung der Bestimmungen des Erblassers, event. nach 30 Jahren. Der Vormund hat für das gesamte Vermögen sowie die Person des Mündels zu sorgen, der Testamentsvollstrecker wird nur für eine Vermögensmasse, den Nachlaß, tätig.[5]) So sehen wir, daß die Ähnlichkeiten im Vergleich zu den Unterschieden der Institute nur äußerst gering sind, keinesfalls aber einen Schluß auf eine analoge Rechtsstellung der beiden erlauben.

4. Mandatstheorie.

War im 16. und 17. Jahrhundert die Vormundschaftstheorie die in Wissenschaft und Praxis herrschende, so wurde sie im 18. Jahrhundert verdrängt durch die sogen. Mandatstheorie,[6]) zu der sich auch das allgem. Landrecht[7]) bekennt. Nach dieser Theorie entnimmt die Testamentsvollstreckung ihre rechtliche Natur einem Mandatskontrakt, wobei die Ernennung des Testamentsvollstreckers als die Vertragsofferte erachtet wird, die der Testamentsvollstrecker nach dem Tode des Erblassers annehme

---

[1]) vgl. Bluntschli § 201 S. 565ff; Körner S. 85.

[2]) vgl. § 1786 BGB.

[3]) vgl. § 2202 BGB.; vgl. auch Böhm, Erbrecht S. 176 II; Goldfeld S. 75.

[4]) vgl. § 2227 BGB.

[5]) vgl. Euker S. 9.

[6]) vgl. Gerber, DPrivR. § 265; Unger, Österr. PrivR. § 27; Seuffert, Pand. S. 183; Thibaut, Pand. I § 1000; Puchta, Pand. § 482; Sintenis, Pand. III § 182 S. 481; Pelargus, Erbrecht S. 144.

[7]) vgl. Teil 1 Titel 12 § 557.

und womit er die Wirksamkeit des Vertrages herbeiführe. Bald wird der Testamentsvollstrecker als Beauftragter des Erblassers,[1]) bald als Beauftragter des Erben angesehen.[2])

Die Theorie ist ebenfalls nicht haltbar und abzulehnen. Verträge können stets nur unter Lebenden geschlossen werden, hier käme aber der Vertrag erst nach dem Tode des einen Kontrahenten zustande. Auch darf man in der einseitigen Verfügung des Erblassers keine Vertragsofferte sehen; ebensowenig aber läßt es sich juristisch rechtfertigen, die Erben als Vertragsgegner aufzufassen.[3])

Geht man aber von dem hergebrachten Mandatsbegriffe ab, indem man sich, wie es Sintenis[4]) tut, durch eine „Erweiterung der zulässigen tatsächlichen Voraussetzungen des Mandats" hilft, so verbleibt es dann, wie Windscheid[5]) mit vollem Rechte hervorhebt, bei der leeren Anwendung „des römischen Namens, aber nicht der römischen Sache". Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in § 2218 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben einige für den Auftrag geltende Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt, so bedeutet dies nicht, wie Sturm[6]) ganz mit Unrecht befürchtet, ein Bekenntnis zu der hier abgelehnten Theorie, die Verweisung beruht vielmehr nur auf gesetzestechnischen Gründen.

Fußten die bisher geschilderten gemeinrechtlichen Theorien sämtlich auf römischen Rechtsinstituten, so hat Beseler mit seiner Theorie der formellen und materiellen Repräsentation des Erblassers als erster das Institut auf deutsch-rechtliche Begriffe zurückgeführt. Während der Erbe

---

[1]) So die Doktrin des französischen Rechts, des allgem. Landrechts und wohl auch des österr. GB.; vgl. Eccius § 255 S. 491, 492; RG. in Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 455 — dagegen Stobbe § 309 Anm. 42 —; für das österr. GB. vornehmlich Unger § 27 Anm. 7.

[2]) vgl. sächs. GB. § 2244.

[3]) So Roth-Becher, Bayrisches Zivilrecht 1897—98 S. 482; Sintenis Bd. 3 S. 481.

[4]) vgl. § 182 S. 503.

[5]) vgl. § 567 Anm. 7.

[6]) vgl. § 85, dagegen Strohal § 40b Anm. 2 S. 292.

den materiellen Repräsentanten des Erblassers darstelle, sei der vom Testator eingesetzte Testamentsvollstrecker als sein formeller Repräsentant zu erachten.[1])

Gegen die Theorie spricht vor allem das Bedenken, daß die Grenze zwischen formeller und materieller Repräsentation eine sehr flüssige,[2]) eine Trennung geradezu unmöglich ist.[3]) Wir müssen vielmehr den Erben als den alleinigen Repräsentanten des Erblassers erachten.[4])

II. Die heute vornehmlich vertretenen Theorien.

1. Stellvertretertheorien.

a) Theorie der Nachlaßvertretung.

Haben wir im vorangegangenen die gemeinrechtlichen Theorien kurz besprochen und bewertet, so müssen wir im folgenden die heutigen Tages herrschenden Ansichten über die rechtliche Natur des Instituts darlegen und Stellung nehmen. Wir unterscheiden heute vor allem zwei Gruppen: Die Theorien, die unter Bezugnahme auf den Begriff der „Stellvertretung" das Institut wissenschaftlich zu erklären suchen im Gegensatz zu den Theorien, die dem Testamentsvollstrecker ein eigenes, eigentümliches Recht zugestehen. Wenden wir uns zuerst der Erörterung der ersteren zu:

Eine Ansicht geht dahin, der Testamentsvollstrecker nehme eine objektive Vertretungsstellung ein; es sind die Anhänger der „Theorie von der Vertretung des Nachlasses" durch den Testamentsvollstrecker. Von einer „Vertretung" des Nachlasses im technischen Sinne könnten wir aber nur dann sprechen, wenn wir den Nachlaß als eine juristische Person auffassen dürften.

---

[1]) vgl. Beseler in Zeitschr. S. 174 und System des gem. deutschen PrivR. S. 680ff.; Lammer a. a. O. S. 24; vgl. für unser geltendes Recht Meischeider S. 459ff.

[2]) vgl. Förster-Eccius, PrPrivR. S. 445.

[3]) vgl. Euker S. 16.

[4]) Zust. Sturm S. 12; Arnold S. 14; Goldfeld S. 73; Lissauer S. 23; Mäder S. 15; Rosenthal, Sachlegitimation S. 14 u. a. m.

Kohler[1]) erklärt dies auch für durchaus statthaft; denn, so führt er aus (S. 71), der Nachlaß werde einerseits aus dem Vermögen des Erben herausgestellt und sei andererseits nicht Vermögen des Testamentsvollstreckers, folglich müsse man ihn als ein selbständiges Vermögen betrachten, das einer „stillschweigenden oder konstruktiven juristischen Person“[2]) gehöre, als deren Organ der Testamentsvollstrecker handele. Sei der Testamentsvollstrecker mit der Verwaltung nicht betraut, so sei das Verfügungsrecht der juristischen Person selbst dinglich beschränkt. Dem ist zu entgegnen, daß wir den Nachlaß nicht als Rechtssubjekt auffassen dürfen, welches vertreten werden könnte. Denn mit dem Erbfall geht gemäß § 1942 BGB. die Erbschaft unmittelbar auf den Erben über und wird dessen Eigentum.[3]) Der Nachlaß ist also nur ein Rechtsobjekt, welches sich nicht mangels eines positiven Rechtssatzes ohne weiteres zu einem Rechtssubjekt umgestalten läßt.

Ebenso ungerechtfertigt ist es daher auch, wenn Eccius[4]) die Verwaltung des Testamentsvollstreckers als eine jeder Einwirkung des Subjekts entzogene Zweckverwaltung zu einer besonderen juristischen Persönlichkeit erhebt.

Zur Vermeidung dieser Bedenken sieht Hellwig von der juristischen Persönlichkeit des Nachlasses ab, betrachtet ihn aber ebenfalls als ein selbständiges Sondervermögen, vergleichbar den im § 17 ZPO. erwähnten Vermögensmassen.[5]) Solange die Trennung von dem freien Vermögen des Erben dauere, sei der Nachlaß gleich einer juristischen Person zu behandeln. Die Rechtssubjektivität des Nachlasses gehe daraus hervor, daß zwischen ihm und dem Erben Rechtsbeziehungen vorhanden seien wie zwischen zwei Personen (§ 2217 BGB.). Ihm komme daher nach § 50 ZPO. im Prozesse die Stellung einer juristischen

---

[1]) vgl. Holtzendorffs Enzykl. S. 751 und in SeuffBl. Bd. 73 S. 69ff.

[2]) Kohler unterscheidet zwischen ausdrücklichen (Vereine, Stiftungen) und stillschweigenden juristischen Personen (z. B. die Sammlung).

[3]) vgl. auch die Ausführungen Hartmanns, Verhandl. Bd. 1 S. 13.

[4]) vgl. Förster-Eccius, PrPrivR. Bd. 4 § 255.

[5]) vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 74ff., 220ff., 248ff., 257ff. Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts S. 301.

Person zu, und er selbst sei Partei.[1]) Der Testamentsvollstrecker seinerseits habe nur die Stellung eines gesetzlichen Vertreters der Masse,[2]) während der Erbe zur Prozeßführung nicht befugt sei. Der Testamentsvollstrecker sei nicht als ein Vertreter des Erben oder des Erblassers aufzufassen, sondern er handle kraft eines absoluten Verwaltungsrechtes.[3])

Aber auch Hellwig ist zu entgegnen, daß der Nachlaß, der im Eigentum der Erben steht, ein Rechtsobjekt darstellt und somit nicht die ihm von den Anhängern dieser Theorie zugesprochene Parteistellung eines Rechtssubjektes besitzen kann. Übrigens darf man unter die im § 17 ZPO. erwähnten Vermögensmassen auch nur vom Gesetze ausdrücklich mit einem eigenen Klagrechte beliehene einrechnen.

Dernburg, der ursprünglich[4]) in dem Testamentsvollstrecker ebenfalls einen Vertreter des Nachlasses erblickte und den Nachlaß nach Analogie der juristischen Personen behandeln wollte, ist später[5]) von dieser Ansicht abgekommen.

Wenn Sturm in der richtigen Erkenntnis, dem Nachlaß komme juristische Persönlichkeit nicht zu, ihn als ein „positives Institut ohne jede Analogie“ und den Testamentsvollstrecker als einen auf dem Treuverhältnisse beruhenden Vertreter desselben erklärt,[6]) so bietet er uns damit keine juristische Konstruktion, sondern nur einen bedeutungslosen Ausdruck.[7])

Fassen wir das Ganze kurz zusammen, so kommen wir zur Ablehnung dieser Theorie aus folgendem Grunde: Es ist nicht statthaft, den im Eigentum der Erben stehenden Nachlaß, ein Rechtsobjekt, zu einem Rechtssubjekt zu gestalten. Sind dem Testamentsvollstrecker andere als vermögensrechtliche Aufgaben

---

[1]) vgl. Hellwig, Anspruch S. 220ff.

[2]) vgl. Hellwig, Anspruch S. 222.

[3]) vgl. Hellwig, Lehrb. Teil 1 S. 322. Ähnlich sind auch die Ausführungen Daeges S. 59.

[4]) vgl. Pand. 1903 Bd. 3 § 124.

[5]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 135 S. 377.

[6]) vgl. Sturm S. 59.

[7]) vgl. Staudinger-Herzfelder zu den §§ 2197—2201 Bem. F 2.

gestellt, so kommen wir zur Deutung seiner Rechtsstellung nicht mit der Berufung auf eine Nachlaßvertretung aus.[1])

b) Theorie der Vertretung des Erblassers.

Eine andere, heute vornehmlich von Leonhard,[2]) Meischeider,[3]) Frommhold[4]) und wohl auch von Borcherd[5]) vertretene Ansicht erachtet den Testamentsvollstrecker für einen Vertreter des Erblassers.[6]) Zur Begründung wird vor allem geltend gemacht, der Erblasser sei es, durch den überhaupt nur der Testamentsvollstrecker seine Rechtsstellung erhalte, nach dessen Anordnungen und Wünschen der Testamentsvollstrecker sich in jeglicher Weise zu richten habe und der den Inhalt der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers bestimme.[7]) So wichtig aber auch von praktischen Gesichtspunkten aus die hier angeführten Momente für den Inhalt und die Art der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers sind, so lassen sie uns doch nur den Grund und Zweck des Instituts erkennen, für die rechtliche Konstruktion desselben beweisen sie hingegen nichts.[8]) Freilich bildet stets der Wille des Erblassers den Grund für die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, da ohne diesen eine Testamentsvollstreckung nicht eintreten kann, und freilich ist es der Zweck des Instituts, dem Willen des Erblassers auch nach seinem Tode die Durchführung zu ermöglichen. Läßt sich aber um deswillen auch schon auf eine Vertretung des Erblassers durch den Testamentsvollstrecker schließen? Keineswegs, zumal wenn wie hier gewichtige rechtliche Erwägungen

[1]) Zust. Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff.; Strohal § 40b; Seuffert S. 65, 66; Seckt S. 20 u. 29ff.; Binder Teil II S. 106; Arnold S. 12; Siegert S. 8; Jaeger S. 40 Nr. 14 u. a. m.

[2]) vgl. Leonhard, Erbrecht zu § 2197 Bem. A.

[3]) vgl. Meischeider S. 464.

[4]) vgl. Frommhold S. 191.

[5]) vgl. Borcherd S. 446.

[6]) So auch Bluntschli S. 732; Gengler, DPrivR. S. 725, 726; Gruchot, Preuß. Erbrecht Bd. 2 S. 211; Beseler, Privatrecht Bd. 1 § 143; ähnlich Rüger S. 469 u. RG. in SeuffArch. Bd. 23 S. 235.

[7]) vgl. Leonhard a. a. O.

[8]) vgl. Herzfelder S. 506.

einer solchen Annahme entgegenstehen. Aus § 164 BGB. ergibt sich als charakteristisches Merkmal der „Vertretung", daß die von dem Vertreter vorgenommenen Handlungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken, daß unmittelbar in der Person des Vertretenen sowohl Rechte wie Pflichten begründet werden. Die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, setzt aber „Rechtsfähigkeit" voraus, die dem Verstorbenen mangelt. Der Hinweis Leonhards (a. a. O.) auf § 1913 BGB., nach dem für eine noch nicht erzeugte Person ein Pfleger bestellt werden kann und die somit noch vor ihrer Geburt vertreten werde, rechtfertigt nicht den Schluß auf die Zulässigkeit einer analogen Behandlung einer Vertretung nach dem Tode. Im Gegenteil beweist dies nur, daß es einer besonderen Vorschrift bedarf, sofern die Vertretung einer nicht rechtsfähigen Person ausnahmsweise statthaft sein soll, die in dem einen Falle gegeben, in dem anderen aber unterblieben ist. Da eine solche Vertretung vom Gesetze nicht anerkannt wird, kann sie auch nicht durch Testament wirksam angeordnet werden.

Wenn Gierke[1]) ebenfalls den Testamentsvollstrecker einen Vertreter des Erblassers nennt, so sieht er in ihm doch nur ein Ausführungsorgan des letzten Willens des Erblassers und ist daher nicht unter die Anhänger dieser Theorie zu zählen.[2]) Denn wie er selbst betont,[3]) ist Vertreter im technischen Sinne keiner, dessen Prinzipal nicht mehr auf Erden weilt.

c) Theorie der Vertretung des Erben.

Waren die beiden letzten Theorien abzulehnen, weil dem angeblich Vertretenen die Rechtsfähigkeit ermangelte, so bietet, was diesen Punkt anbelangt, die nunmehr des näheren zu erörternde Theorie von der Vertretung des Erben diese Bedenken

---

[1]) vgl. Gierke, Entwurf S. 521.

[2]) And. M. Arnold S. 17: Gierke denke sich den Willen des Erblassers gewissermaßen fortlebend als juristische Person und bezeichne den Testamentsvollstrecker in diesem Sinne als einen Vertreter des Erblassers.

[3]) vgl. Gierke, Verhandl. Bd. 3 S. 226.

in keiner Weise. Ihre Anhänger[1]) fassen den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben auf.

Für diese Annahme sprechen folgende Momente: Die Handlungen des Testamentsvollstreckers berechtigen und verpflichten niemals diesen persönlich, sie wirken vielmehr unmittelbar für und gegen den Erben. Das Vermögen, welches der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterstellt ist (§§ 2205, 2208, 2209 BGB.), ist Eigentum des Erben. Alle Rechte, die der Testamentsvollstrecker ausübt, würden, sofern eine Testamentsvollstreckung vom Erblasser nicht angeordnet wäre, dem Erben zukommen. Ob ferner auch die Anwendung der vom Bürgerlichen Gesetzbuch für die Stellvertretung erteilten Rechtssätze aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten erscheint, ist eine Frage, die an dieser Stelle nicht zu beantworten ist. Wir werden später nach Entwicklung unserer persönlichen Ansicht darauf einzugehen haben; hier kommt es nur darauf an, zu erörtern, ob nicht schwerwiegende rechtliche Bedenken gegen die Theorie von der Vertretung des Erben sprechen und sie aus solchen Gründen zu verwerfen ist.

Zunächst bedarf es einer Klarstellung des Begriffes „Stellvertretung". Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hat uns eine Definition desselben nicht gegeben, es unterscheidet zwischen gewillkürter und gesetzlicher Vertretung. Daß von einer gewillkürten, d. h. einer auf Vollmacht beruhenden Vertretung im Sinne von § 167 BGB. nicht gesprochen werden kann, liegt auf der Hand.[2]) Haben doch die Erben weder eine solche Vollmacht erteilt, noch kann der Erblasser, wie oben schon kurz erwähnt, diese auf Grund seiner einseitigen letztwilligen Verfügung bewirken. Liegt eine „gesetzliche" Vertretung vor? Hier gehen nun die Meinungen

[1]) vgl. für das frühere Recht: Gerber, DPrivR. § 312; Stobbe, Unger, Österr. Erbrecht S. 125; Hinschius in Preuß. AnwZtg. 1866 Sp. 766 und Förster, Theorie und Praxis Bd. 4. S. 174; für das Recht des BGB.: Brettner im ArchBürgR. Br. 17 S. 213ff. und im Recht 1900 S. 320; Cosack § 395; Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff.; Enneccerus-Lehmann S. 812; Petersen-Anger Vorbem. vor §§ 50ff. ZPO.; Jaeger S. 40 Anm. 14; Wilke § 2197; Weißler S. 180; Levy, Verhandl. 3 S. 291; Schloßmann Bd. 2 S. 526; Goldfeld S. 82 u. a. m.

[2]) And. M. Cosack S. 808; Enneccerus-Lehmann S. 812.

auseinander, und je nach der Auffassung dieses Begriffes kommen wir zur Bejahung oder Verneinung der Frage.[1])

Indem Hupka[2]) unter vollmachtbegründenden Tatbeständen „vor allem gewisse auf Familienstellung oder obrigkeitliche Verfügung beruhende Administrationen" rechnet, „mit denen sich unmittelbar ohne Dazwischenkunft einer Parteidisposition für den Verwalter die Macht verbindet, den Eigentümer des verwalteten Vermögens auch nach außen hin wirksam zu vertreten", fällt hierunter seines Erachtens auch die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers. Dem muß man aber entgegen, daß, ganz abgesehen von der erfolgten beträchtlichen Erweiterung des Begriffs der Vertretung, der Testamentsvollstrecker auch nach dieser Definition nicht unter die Gruppe der Vertreter zu reihen wäre: Denn weder auf seiner Familienstellung noch auf obrigkeitlicher Verfügung, sondern nur auf dem Willen des ihn bestellenden Erblassers beruht seine Macht. — Binders[3]) Auffassung von der Stellvertretung geht dahin, das Recht räume dem Willen des Vertreters die gleiche Wirkung ein wie dem Willen des Vertretenen. Vater, Vormund, Ehemann sowie der Testamentsvollstrecker besäßen diese Macht. Warum bezeichnet aber das Gesetz dann ausdrücklich den Vater oder Vormund als gesetzliche Vertreter, die beiden anderen aber nicht? — Siegert[4]) erachtet als Merkmal, daß „der gesetzliche Vertreter seine Vertretungsmacht unabhängig vom Willen des durch ihn Vertretenen besitzt, daß er dem Vertretenen aufgezwungen, oktroyiert worden ist". Dies ist wohl insofern richtig, als Siegert hiermit den Gegensatz zur gewillkürten Vertretung charakterisiert, nach der positiven Seite ist jedoch auch diese Definition zu weit gefaßt. Nach Hölder[5]) ist Vertreter jeder, dem die Sorge für einen anderen zukommt, gleichviel ob er seine Fürsorge im eigenen oder im fremden Namen betätigt, nach Levy[6]) jeder, der

[1]) vgl. Binder Bd. 3 S. 379 Anm. 18.
[2]) vgl. Hupka Vollmacht S. 1 ff.
[3]) vgl. Binder Bd. 3 S. 379 Anm. 18.
[4]) vgl. Siegert S. 19.
[5]) vgl. Hölder S. 305 ff.
[6]) vgl. Levy, Verhandl Bd. 3 S. 240 f.

gesetzlich berechtigt ist, die nicht prozeßfähige Partei vor Gericht zu vertreten, einerlei worauf diese Befugnis sich gründet. Beide erweitern den Begriff in nicht zu rechtfertigender Weise. Denn nur den dürfen wir als einen „gesetzlichen" Vertreter erachten, den das Gesetz als solchen bezeichnet.[1]) In sehr scharfer Weise hat einmal das Reichsgericht[2]) den Begriff dahin bestimmt: „Nur derjenige hat Anspruch auf den Titel eines gesetzlichen Vertreters, der durch das Gesetz zur Vertretung berufen ist, nicht aber ist derjenige gesetzlicher Vertreter, dessen Berufung auf dem Willensakte einer Privatperson beruht, gleichviel ob der Umfang seiner Befugnisse gesetzlich fixiert ist oder nicht".

Daß der Testamentsvollstrecker des öfteren gegen den Willen und die Interessen des Erben handelt, ist, wie Herzfelder (a. a. O.) mit Recht hervorhebt, kein Beweis für die Unzulässigkeit der aus obigem Grunde verworfenen Ansicht. Denn im Gegensatz zum gewillkürten Vertreter ist der gesetzliche in vielen Fällen geradezu verpflichtet, gegen den Willen des Vertretenen zu handeln. (Der Vormund nimmt z. B. gegen den Willen des Mündels, um notwendige flüssige Gelder zu erhalten, ein Darlehen auf, oder er bezahlt gegen den Willen des Mündels dessen Schulden.[3])) Auch ist es für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber dem Vertretenen keineswegs erforderlich, daß dieses in seinem Interesse liegt.[4]) „Interessenvertretung" und „Stellvertretung" sind nicht identische Begriffe.[5])

Aber wenn wir selbst — u. E. mit Unrecht — den Begriff der Vertretung ausdehnen dürften, so sprechen doch noch weitere Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Theorie: Gemäß § 2211 BGB. kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen,

---

[1]) So die herrschende Meinung, vertreten auf dem 21. DJT. schon durch Hartmann Verhandl. Bd. 1 S. 6ff. und Gierke Verhandl. Bd. 3 S. 225.

[2]) vgl. RG. in SeuffArch. Bd. 43 Nr. 30.

[3]) vgl. Wiebering S. 18.

[4]) Zust. Goldfeld S. 82; Siegert S. 14; and. M. Euker S. 20; Werny S. 17; Hartmann S. 8.

[5]) vgl. Hupka S. 3.

zu einer solchen Verfügung ist nur der Testamentsvollstrecker selbst befugt. Fehlt dem Erben aber, wie dies das Gesetz ja ausdrücklich ausgesprochen hat, das Recht zur Verfügung — er ist nicht nur, wie Herzfelder a. a. O. meint, in der Ausübung dieses Rechtes beschränkt —, so können wir nicht den Testamentsvollstrecker, welcher das Recht statt des Erben besitzt, als dessen Vertreter auffassen. Denn eine Vertretung in Rechten, die man selbst nicht hat, ist undenkbar.[1])

Während ferner stets sonst bei dem Eingriff einer gesetzlichen Vertretung mangelnde Handlungsfähigkeit die Ursache ihrer Anordnung bildet, bewirkt die Bestellung des Testamentsvollstreckers ihrerseits erst die eingeschränkte Verfügungsmacht des Erben. Hier ist also das Verhältnis gerade umgekehrt, was dort Ursache ist, ist hier Wirkung.[2])

Daß das Gesetz selbst seinen früheren Standpunkt verlassen hat und nicht mehr, wie der Entwurf in § 1903 es aussprach,[3]) in dem Testamentsvollstrecker einen gesetzlichen Vertreter des Erben erblickt,[4]) geht aus § 327 ZPO.[5]) klar hervor. Wäre der Testamentsvollstrecker ein gesetzlicher Vertreter des Erben, so hätte es dieser ausdrücklichen Bestimmung nicht bedurft; das Urteil würde schon nach § 325 ZPO. für und gegen den Erben wirken. Ebenso wäre § 728 Abs. 2 ZPO. unnötig.

Auch in prozessualer Beziehung führt die Theorie von der Vertretung des Erben zu keinem befriedigenden Ergebnis. Fassen wir den Testamentsvollstrecker nicht als Partei im Prozesse auf, so würde bei einer Klage des Testamentsvollstreckers gegen den Erben auf Grund der §§ 2205, 2206, 2208, 2215, 2217, 2219 BGB. der Erbe Kläger und Beklagter sein. Zur Vermeidung

---

[1]) vgl. Hellwig, Anspruch S. 208f., 221, 235; Schultze S. 67; Marschner, Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung S. 31; Wiebering S. 22.

[2]) vgl. Werny S. 16.

[3]) vgl. auch Mot. Bd. 5 S. 235: der Testamentsvollstrecker ist ein „vom Erblasser bestimmter, dem Erben auferlegter Vertreter"; S. 236: ein „gesetzlicher Vertreter des Erben bezw. des Miterben", vgl. auch S. 232 u. 234.

[4]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 270, 289, 290, 296, 535.

[5]) vgl. Denkschr. z. ZPO. S. 52.

dieser Folge nimmt Herzfelder a. a. O. an,[1]) der Testamentsvollstrecker sei nur Vertreter des Erben in Ansehung der Verwaltung des Nachlasses, bei seinen übrigen Funktionen handle er kraft des ihm zustehenden Amtes.[2]) Aber wenn der Testamentsvollstrecker nach § 2206 Abs. 2 BGB. den Erben auf Erteilung der Einwilligung verklagt, so handelt er doch gerade als Verwalter des Nachlasses.[3]) Überhaupt ist eine solche Zweiteilung praktisch kaum durchführbar, denn eine Grenze zwischen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers und seiner übrigen Tätigkeit zu ziehen, ist des öfteren nicht möglich. Übrigens erfordert der Parteibegriff nicht, daß die betreffende Person den Prozeß im eigenen Interesse führt, müssen wir doch auch den Ehegatten und den Staatsanwalt als Partei betrachten. Auch Personen, die nicht im Interesse ihres eigenen Vermögens handeln, können Partei sein.[4]) Die Kostenpflicht trifft in diesen Fällen nicht die Partei, da sie kein persönliches Interesse hat, sie prozessiert vielmehr für fremde Rechnung und Gefahr.[5]) Führt der Testamentsvollstrecker einen Rechtsstreit, so fallen die Kosten dem Nachlasse zu, dem Erben haftet aber der Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus kann der Erbe in den Prozessen des Testamentsvollstreckers Zeuge[6]) und Nebenintervenient[7]) sein.

Die hier geschilderten Bedenken, die gegen eine Vertretung des Erben durch den Testamentsvollstrecker im allgemeinen

---

[1]) Ähnlich auch Seuffert Anm. vor § 50 ZPO.

[2]) vgl. auch Levy, Verhandl. Bd. 3 S. 239; Monroy S. 18; Weißler S. 191 ff.

[3]) vgl. Euker S. 23.

[4]) So Endemann § 54 Ziff. 4a S. 230; Struckmann-Koch § 52 Anm. 3; Euker S. 25; and. M. Petersen Vorbem. §§ 50ff. ZPO.; Parteibegriff S. 39; Konkursverwalter S. 15, 25; Goldfeld S. 84; Brettner im ArchBürgR. Bd. 17 S. 213ff.; Rosenthal, Sachlegitimation S. 60; Siegert S. 20ff.

[5]) vgl. des näheren die Ausführungen von Bunsen S. 205, 267; Wolff 1907 S. 61; Stegemann in ZZP. Bd. 17 S. 374; and. A. Marschner S. 47, 82.

[6]) vgl. RG. Bd. 29 S. 29.

[7]) vgl. Peiser § 6d S. 267.

sprechen, lassen auch eine Vertretung des Erben nur in Ansehung des Nachlasses[1]) für ungerechtfertigt erscheinen, ganz abgesehen dadon, daß der Erbe ein einheitliches Rechtssubjekt bildet und in einer Person nicht zwei verschiedene Rechtssubjekte vereinigt sein können. Die Theorie von der Vertretung des Erben ist demnach abzulehnen.

Ist nach unserer Auffassung die Annahme einer Vertretung sowohl des Erblassers wie auch des Erben unzulässig, so bedarf es keiner besonderen Widerlegung der von Lissauer[2]) und Rosenthal[3]) vertretenen Theorie einer gleichzeitigen Vertretung des Erblassers und der Erben durch den Testamentsvollstrecker.

2. Eigenrechtstheorien.

Haben wir nunmehr festgestellt, daß irgendein Vertretungsverhältnis, sei es eine Vertretung des Nachlasses, sei es des Erblassers, sei es des Erben, nicht vorliegt, so haben wir hiermit auch schon erklärt, daß der Testamentsvollstrecker u. E. ein eigenes Recht besitzt und uns damit auf den Standpunkt der Eigenrechtstheorie gestellt. Aber auch darüber, wie dieses Recht des näheren gestaltet und wie es theoretisch zu begründen ist, herrscht in der Wissenschaft Streit.

a) Theorie Seckts.

An dieser Stelle ist zunächst kurz auf die von Seckt aufgestellte Theorie einzugehen, nach dem der Testamentsvollstrecker das „Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers“ ist.[4]) Seckt gelangt zu dieser Definition, indem er den von Gierke[5])

---

[1]) So Jaeger, Erbenhaftung S. 40; Goldfeld S. 84; Arnold S. 24 ff.; Wilke S. 195; Binder Bd. 1 S. 196, Bd. 3 S. 379; Rosenthal, Sachlegitimation S. 60; Weißler S. 191; Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197 ff.

[2]) vgl. Lissauer S. 41.

[3]) vgl. Rosenthal, Diss. S. 25.

[4]) vgl. Seckt S. 20 ff.

[5]) vgl. Gierke, Genossenschaft und Rechtsprechung (1887) S. 620 ff.

für die juristischen Personen geschaffenen und auf diese beschränkten Organbegriff weiter ausdehnt. Er stellt das Organ in Gegensatz zum Stellvertreter, das Organ müsse stets voll geschäftsfähig sein, da einzig die Qualität seines persönlichen Willens für das Rechtsgeschäft maßgebend sei.[1]) Jedes Organ vertrete ein Gemeininteresse, der Testamentsvollstrecker das von der Rechtsordnung pietätvoll geachtete und geschützte Interesse des verstorbenen Erblassers an der Vollziehung seines Willens. Mit Recht bezeichnen Strohal[2]) sowie Herzfelder[3]) diese Theorie Seckts als ein Bild und leugnen, daß sie eine juristische Konstruktion sei. Auch dürfen wir der von Seckt vorgeschlagenen Ausdehnung des Organbegriffes nicht folgen, da nur, was wirklich vorhanden ist, Organe haben kann. Ferner wäre der Organbegriff nur dann anwendbar, wenn die rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers zur juristischen Person erhoben würden; dies lehnt Seckt aber ausdrücklich ab.[4])

b) Theorie Schutzes.

Eine eigene Theorie, die wir uns aber ebenfalls nicht anschließen können, hat Schultze aufgestellt[5]): Gemäß § 2211 BGB. werde das Eigentum des Erben am Nachlaß durch das Bestehen der Testamentsvollstreckung dinglich beschränkt. Dieser dinglichen Beschränkung entspreche auf der Seite des Testamentsvollstreckers ein begrenztes dingliches Recht am Nachlaß (S. 73). Und zwar stehe dieses Recht dem Testamentsvollstrecker in seiner Eigenschaft als Treuhänder zu. Treuhänder sei der, welcher Rechte im eigenen Namen, aber im fremden Interesse erhalte.

---

[1]) vgl. Seckt S. 24.

[2]) vgl. Strohal Bd. 1 S. 295 Anm. 8.

[3]) vgl. Staudinger Vorbem. §§ 2197 ff., Bem. 1 F 2.

[4]) Ähnlich wie Seckt: Schaller S. 7, 9; Wolff, Diss. 1902 S. 42. Gegen Seckt vgl. auch Jeglinsky S. 22, 23; Schultze in JheringsJ. Bd. 43 S. 72 ff.; Siegert S. 27; Wolff 1909 S. 9; Euker S. 33.

[5]) vgl. Schultze in JheringsJ. Bd. 43 S. 73 ff.

Die Theorie Schultzes krankt an der Verkennung der voneinander verschiedenen Begriffe „dingliches“ und „absolutes“ Recht. Dingliche Rechte kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nur, soweit es diese ausdrücklich erwähnt, es ist unzulässig, ihre Zahl beliebig zu vermehren. (Auf die Streitfrage, wie weit im Bürgerlichen Gesetzbuch der numerus clausus hinsichtlich der dinglichen Rechte durchgeführt ist, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.) Das von Schultze vergleichsweise erwähnte Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gute der Frau, das Recht des Inhabers der elterlichen Gewalt am unfreien Kindesvermögen sowie das Recht des Nacherben am Nachlaß vor dem Eintritt der Nacherbfolge sind keine begrenzten dinglichen Rechte von besonderer Art, die ein „inoffizielles Dasein“ [1]) führen, die erwähnten Rechte sind vielmehr als Familien- und Erbrechte aufzufassen, und ihre sachenrechtliche Natur tritt völlig zurück.[2]) Das Recht des Testamentsvollstreckers bildet vielmehr nur ein absolutes, kein dingliches Recht, d. h. ein Recht, welches sich gegen jedermann ausnahmslos richtet.[3])

Der Einwand Strohals[4]) und Hellwigs[5]) hingegen, es gäbe nur dingliche Rechte an Sachen, der Nachlaß könne aber auch andere Gegenstände enthalten, ist nicht stichhaltig. Denn, wie Schultze mit Recht hierauf erwidert, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch auch den Nießbrauch an einem Vermögen (§ 1085 BGB.) sowie auch Pfandrechte an Rechten. Aus dem oben dargelegten Grunde ist aber die Theorie Schultzes zu verwerfen.[6])

---

[1]) vgl. Schultze, Sonderabdruck (Jena 1901) S. 27.

[2]) vgl. Jeglinsky S. 26; Arnold S. 22.

[3]) vgl. Hellwig, Lehrb. S. 323 Anm. 23a; Enneccerus Bd. 1 Abt. 1 § 74.

[4]) vgl. Strohal S. 295 Anm. 8.

[5]) vgl. Hellwig, Lehrb. S. 323 Anm. 23a.

[6]) Zust. Euker S. 34; Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff., Bem. I F 2; Jeglinsky S. 26; Arnold S. 23ff u. a. m.

c) Die herrschende Theorie.

Auf Grund der vorangegangenen Ausführungen kommen wir nun zu folgendem Ergebnis: Das dem Testamentsvollstrecker zustehende Recht ist ein Eigenrecht, es ist ein Recht besonderer Art (ius sui generis), das sich nicht unter die vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Typen einreihen läßt. Es verdankt seine Entstehung dem Privatwillen des Erblassers, die Rechtsordnung erkennt bei ihm das schutzwürdige Interesse darin, daß der Testamentsvollstrecker das Interesse des Erblassers an der Ausführung seiner letztwilligen Verfügungen zu seinem eigenen Interesse macht, und gewährt ihm Rechtsschutz.[1]) Der Testamentsvollstrecker ist Träger eines Amtes privatrechtlicher Natur, welches es ihm ermöglicht, in fremde Rechtssphären wirksam einzugreifen. Die Zusammenfassung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers unter der Bezeichnung eines Amtes schließt aber noch nicht, wie Markus[2]) irrig annimmt, ein Stellvertretungsverhältnis aus;[3]) denn auch der Vormund ist Inhaber eines Amtes und gleichzeitig gesetzlicher Vertreter des Mündels. Aber wer kraft eigenen Rechtes befugt ist, kann nicht Stellvertreter sein. Handeln kraft eigenen Rechtes und handeln kraft Amtes sind keine identischen Begriffe. Der Testamentsvollstrecker ist, wie Fischer-Henle[4]) hervorhebt, kein Vertreter, sondern ein „Verfüger über fremde Rechte", ähnlich dem Nachlaß-, Konkurs- und Zwangsverwalter. Unter diese Gruppe fallen also die Personen, welche über fremde Rechte zu verfügen berechtigt sind, aber nicht zu ihren eigenen Gunsten, „sondern zur Durchführung der ihnen im allgemeinen, jedenfalls nicht auf eine bestimmte Person beschränkten, Interesse gestellten Aufgabe". Da auch

---

[1]) Auch ideale Interessen werden von der Rechtsordnung geschützt. And. M. Arnold S. 29 Anm. 7. Zust. Matthias S. 525; Werny S. 18; Kuhlenbeck § 2197 BGB.; Schleifer S. 55ff.; Wiebering § 12; RG. Bd. 27 S. 148.

[2]) vgl. Markus S. 57.

[3]) So mit Recht: Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff. Bem. I F. 2; Jeglinsky S. 26; Arnold S. 23ff. u. a. m.

[4]) vgl. Fischer-Henle Vorbem. zum V. Titel des allgem. Teils des BGB.

sie fremde Geschäfte besorgen, ohne, wie wir des näheren ausführten, als Vertreter im technischen Sinne aufgefaßt werden zu können, so ist eine analoge Anwendung einzelner Stellvertretungsgrundsätze hier gerechtfertigt und geboten. Wir werden unten nochmals näher hierauf zurückkommen müssen.

Indem wir dem Testamentsvollstrecker ein eigenes Recht zusprechen, mag er sich auf privatrechtlichem oder prozessualem Gebiete bewegen, kommen wir stets zu den angemessensten Ergebnissen. Von diesem Standpunkte aus rechtfertigt sich allein die schon oben besprochene Bestimmung des § 327 ZPO., welche die Parteistellung des Testamentsvollstreckers zur Voraussetzung hat; die Zulässigkeit einer Zeugenvernehmung und Nebenintervention des Erben erklärt sich so sehr leicht. Es folgt ferner hieraus auch, daß die §§ 445 ff. ZPO. nicht auf den Erben, sondern den Testamentsvollstrecker in angemessener Weise anzuwenden sind. Andererseits können wir nicht alle Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf den Testamentsvollstrecker als Partei anwenden, da dieser, wiewohl er formell Partei ist, doch nicht sein eigenes Interesse vertritt. Die praktische Bedeutung der §§ 41 Ziff. 1—3, 383 Ziff. 1—3, 393 Ziff. 3, 408 ZPO. erheischt die Anwendung auf die Person des interessierten Erben, nicht auf die des Testamentsvollstreckers.[1]) Unter diesem Gesichtspunkte des mangelnden persönlichen Interesses des Testamentsvollstreckers vermeiden wir auch das zweifellos unbillige Ergebnis, daß der Testamentsvollstrecker in Prozessen die Gerichtskosten und die Vorschußpflicht für seine eigene Person haben würde, ein Vorwurf, den unberechtigterweise die Gegner dieser Theorie erheben.[2]) Da aber der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse nie zu eigenen Gunsten, sondern als Inhaber des ihm übertragenen „Amtes“ ausübt und die materiellen Wirkungen stets die Person des Erben unmittelbar treffen, so hat er auch nicht mit seinem eigenen Vermögen, sondern nur mit dem seiner Verwaltung unterliegenden Nachlasse für diese Kosten einzustehen.

---

[1]) Zust. Böhm S. 271; Körner S. 98.

[2]) vgl. z. B. Levy, Verhandl. Bd. 3 S. 239.

Die hier vertretene Ansicht dürfen wir wohl heute als die herrschende erachten. Als Vertreter sind u. a. vornehmlich zu nennen: Planck,[1]) Strohal,[2]) Dernburg,[3]) Gaupp-Stein[4]) u. a. m.[5])

---

[1]) vgl. Planck Vorbem. vor §§ 2197 ff.

[2]) vgl. Strohal Bd. 1 S. 295.

[3]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. §§ 139 ff.

[4]) vgl. Gaupp-Stein Vorbem. vor § 50 ZPO.

[5]) vgl. ferner Matthias, Fischer-Henle, Frommhold, Kretzschmar, Komm. d. RGRäte zu § 2197 BGB.; Engelmann, Lehrb. S. 161; Paul Meyer S. 696; Reißner S. 48; Marcus S. 57. Vgl. ferner die Praxis: RG. Bd. 32 S. 153, Bd. 56 S. 327 ff., Bd. 61 S. 139 ff., im Recht 1910 Nr. 2582; ferner KG. in EFG. Bd. 3 S. 44, 101 ff., Bd. 4 S. 63 u. 185 ff.; Rspr. Bd. 4 S. 122, 435 ff., Bd. 6 S. 306 ff., 349, Bd. 8 S. 31 ff. u. S. 270 ff., Bd. 9 S. 405, Bd. 10 S. 305. Ähnlich auch Endemann, nach welchem der Testamentsvollstrecker eine fiduziarische Rechtsstellung einnimmt, vgl. Lehrb. Bd. 3 § 52 Ziff. 3 b, c S. 221 f.

B. Hauptteil.

Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

I. Der regelmäßige Wirkungskreis nach § 2206 Abs. 1 BGB.

§ 4.

a) Die Eingehung von Verbindlichkeiten, welche zur ordnungsmäßigen Verwaltnng erforderlich sind.

Haben wir durch die obigen Ausführungen über die rechtliche Natur des Instituts der Testamentsvollstreckung auf Grund allgemeiner Erwägungen festgestellt, daß der Testamentsvollstrecker ein eigenes, auf dem Willen des Erblassers beruhendes Recht besitzt, so können wir jetzt dazu übergehen, eine einzelne der dem Testamentsvollstrecker zukommenden Befugnisse des näheren zu untersuchen. Es handelt sich um die Frage, wieweit der Testamentsvollstrecker durch seine Handlungen den Nachlaß und den Eigentümer des Nachlasses, den Erben persönlich, verpflichten kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 2206 hierüber folgende Bestimmung getroffen:

> „Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand kann der Testamentsvollstrecker für den Nachlaß auch dann eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist."

Während der Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 BGB. zu Verfügungen jeglicher Art, d. h. Rechtsgeschäften, durch die unmittelbar eine Rechtsänderung herbeigeführt wird,[1]) berechtigt ist, abgesehen von Schenkungen, besitzt er demnach nur eine kausal beschränkte Verpflichtungsbefugnis.

Beide Rechte, sowohl die Verfügungsmacht wie auch die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, bilden in der Regel nur das Mittel zur Durchführung der diesem in den §§ 2203/04 gestellten eigentlichen Aufgaben, der Ausführung der Anordnungen des Erblassers und der Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Erben. Da ihre Erledigung im Normalfalle nur die Abwicklung schon schwebender Geschäfte, nicht aber deren Neubegründung fordert, so hat der Gesetzgeber, geleitet von dieser Erwägung und unter Berücksichtigung der entsprechenden Beschränkung des Liquidators einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft,[2]) dem Testamentsvollstrecker nur ein bedingte Verpflichtungsgewalt gewährt.[3]) Immerhin ist trotz dieser Beschränkung die Macht des Testamentsvollstreckers eine außerordentlich weitgehende, größer noch als diejenige gesetzlicher Vertreter, wie etwa des Vaters[4]) oder des Vormunds,[5]) größer als die sonstiger „Verfüger über fremde Rechte", wie beispielsweise des Nachlaß-[6]) oder Konkursverwalters.[7]) Nur

---

[1]) „Unter Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, aufgehoben, geändert oder belastet wird"; vgl. EFG. Bd. 8 S. 144.

[2]) vgl. § 149 HGB.

[3]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 529 ff.

[4]) Er ist des öfteren an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden; vgl. die §§ 1630 Abs. 2, 1642, 1643, 1795, 1821 Abs. 1 Nr. 1—3, Abs. 2, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8—11.

[5]) Dieser bedarf zuweilen der Genehmigung des Gegenvormunds nach § 1812, zuweilen der des Vormundschaftsgerichts gemäß §§ 1821, 1822 BGB.

[6]) Der Nachlaßverwalter bedarf nach der herrschenden Meinung zu den in den §§ 1821, 1822 bezeichneten Rechtsgeschäften der Genehmigung des Nachlaßgerichts; vgl. Planck, Herzfelder zu § 1985 BGB. Anm. 1 bezw 2; BayObLG. im Recht 1905 S. 530.

[7]) Der Konkursverwalter ist bei Eingehung gewisser Verbindlichkeiten im Innenverhältnis an die Genehmigung des Gläubigerausschusses gebunden; vgl. §§ 134, 136 KO.

selten wohl wird, worauf mit Recht Rosenthal[1]) hinweist, eine so wenig beschränkte Vollmacht unter Lebenden erteilt werden. Selbst der Prokurist, der im großen Umfange zur Vertretung seines Prinzipals befugt ist,[2]) hat ohne ausdrückliche Bevollmächtigung nicht das Recht zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken.[3])

Die Eingehung der Verbindlichkeit seitens des Testamentsvollstreckers muß, um wirksam zu sein, entweder „zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich" sein oder sich als eine Verbindlichkeit zu einer dem Testamentsvollstrecker statthaften Verfügung über einen Nachlaßgegenstand darstellen.

Welche Rechtsgeschäfte fallen nun unter den Begriff einer „ordnungsmäßigen Verwaltung"? Auf diese Frage läßt sich eine allgemeine Antwort nicht geben, es kommt stets auf den konkreten Fall an, und was das eine Mal durchaus zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, kann das andere Mal die Grenzen einer solchen überschreiten. Der Maßstab ist immer der: Das Geschäft muß dem Zwecke der Verwaltung dienen, und da dieser, wir wir schon oben erwähnten, in der Regel in der Ausführung der Anordnungen des Erblassers und der Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Miterben besteht, so muß es zur Erledigung dieser Aufgaben notwendig sein.

Im folgenden seien nur einige Beispiele angeführt:

Sehr häufig wird der Testamentsvollstreker genötigt sein, zur Erlangung flüssiger Geldmittel ein Darlehen aufzunehmen. Der Grund hierfür kann in der Verpflichtung zur Berichtigung fälliger Nachlaßverbindlichkeiten liegen, die Mittel können erfordert werden, da Löhne der noch in einem Dienst- oder Gesindeverhältnis stehenden Personen zu entrichten sind oder weil etwa auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrages eine Leistung seitens des Testamentsvollstreckers bewirkt werden muß. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Maßnahme ist aber stets, daß einerseits flüssige Mittel im Nachlaß nicht vorhanden und auch nicht vor-

---

[1]) vgl. Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 736.

[2]) Thöl bezeichnet ihn treffend den „alter ego des Prinzipals".

[3]) vgl. § 49 Abs. 2 HGB.

teilhaft auf andere Weise, etwa durch Verkauf eines zum Nachlasse gehörigen Gegenstandes verschafft werden können und daß andererseits diese tatsächlich notwendig sind. Die Entscheidung, ob die Aufnahme des Darlehens zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, hängt im übrigen stets von den Umständen des besonderen Falles ab, drohende Zwangsvollstreckung kann nicht als immer notwendige Voraussetzung aufgestellt werden.[1])

In welcher Form die Darlehnsaufnahme zu geschehen hat, ist ebenfalls nur nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden. In der Regel wird der Abschluß eines Darlehnsvertrages nach §§ 607 ff. BGB. genügen, aber auch die Ausstellung eines abstrakten Schuldversprechens nach § 780 BGB. mag sich zuweilen als notwendige Verwaltungsmaßnahme erweisen, wenn sich nur auf diesem Wege die erforderlichen Mittel beschaffen lassen.[2]) Auch die Ausstellung und Akzeptierung eines Wechsels,[3]) die Ausfüllung eines dem Erblasser seinerzeit gegebenen und im Nachlasse befindlichen Wechselblanketts[4]) kann im Einzelfalle unter diesem Gesichtspunkte sich als gerechtfertigt darstellen.

In diesem Zusammenhang mag auch die Frage sogleich erörtert werden, ob eine mangels Vorliegens einer ordnungsgemäßen Verwaltung unwirksame Verpflichtung infolge einer zu ihrer Sicherung aufgenommenen Hypothek selbst die fehlende Wirksamkeit erlangt. Das Kammergericht hat in einer Entscheidung[5]) diese Frage bejaht unter folgender Begründung: Der Testamentsvollstrecker sei zu Verfügungen gemäß § 2205 BGB. unbeschränkt befugt, er könne daher, soweit es sich nicht um unentgeltliche Verfügungen handele, Nachlaßgrundstücke auch mit Hypotheken nach freiem Belieben belasten. Hierdurch

---

[1]) vgl. Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 737.

[2]) Zust. Planck zu § 2206 Erl. 3.

[3]) vgl. RG. Bd. 60 S. 31.

[4]) vgl. Rehbein, Entsch. d. OTr. Bd. 2 S. 519. Die Bemerkung Strohals (S. 279 Anm. 16), im Regelfalle entstehe hierdurch für den Nachlaß eine Wechselberechtigung und nicht eine Wechselverpflichtung, ist wohl nicht richtig. Denn durch die Begebung des Wechsels wird für den Nachlaß auch eine Wechselverpflichtung begründet. So auch Planck zu § 2206 Erl. 3; Frommhold S. 197; Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 738 Anm. 5.

[5]) vgl. KGJ. Bd. 27 A S. 192.

sei es dem Testamentsvollstrecker möglich, für den Nachlaß Verbindlichkeiten einzugehen und diesen dann durch hypothekarische Eintragung auf den Nachlaßgrundstücken die unbeschränkte Wirkung zu verschaffen. Da nun die dingliche Wirkung, d. h. die Haftung des Grundstücks die Wirksamkeit des der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zur notwendigen Voraussetzung habe, so hafte der Nachlaß nicht bloß mit den Grundstücken, sondern auch obligatorisch. In diesem Falle sei also der Nachweis, daß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung nötig sei, nicht erforderlich.

Dieser Auffassung können wir uns nicht anschließen: Jede Hypothek setzt eine zugrunde liegende wirksame Forderung voraus. Ist diese Schuld, wie in unserem Falle, da sie einer ordnungsmäßigen Verwaltung nicht entspricht, unwirksam, so ist auch eine zu ihrer Sicherung bestellte wirksame dingliche Belastung zunächst überhaupt nicht entstanden; der Klage des Hypothekengläubigers gegenüber könnte der Schuldner — in unserem Falle die Erben als Eigentümer des Nachlasses — sich auf die Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Forderung gemäß § 1137 BGB. berufen. Würde hingegen der ursprüngliche Hypothekengläubiger seine Forderung einem dritten Gutgläubigen übertragen und dieser, auf den hiermit auch die Hypothek nach § 1153 BGB. übergegangen ist, gegen den Schuldner nunmehr mit der hypothekarischen Klage vorgehen, so hätte jener gemäß § 1157 Satz 2 in Verb. mit § 1138 BGB. die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehende Einrede verloren. Denn in der Hand eines gutgläubigen Zessionars wird die Hypothek abstrakt, losgelöst von der zugrunde liegenden Schuld.[1])

Als Beispiel könnten ferner noch die aus Werk- oder Dienstverträgen entspringenden Verpflichtungen erwähnt werden. Häufig wird der Testamentsvollstrecker zur Vornahme notwendiger Reparaturen zum Abschluß solcher Verträge gezwungen sein. Gehört zum Nachlaß ein vom Erblasser betriebenes Ge-

---

[1]) Gegen das Kammergericht vgl. auch Planck zu § 2206 Erl. 4; Jeglinsky S. 54; vgl. ferner die Anmerkung des Herausgebers zu Rsp. Bd 11 S. 246.

schäft, so wird zuweilen dessen Auflösung aus praktischen Gründen besser nicht sogleich erfolgen, sondern dessen zeitweilige Fortführung geboten sein. Dienstverträge mit dem Gesinde, mit dem kaufmännischen Personal wären hier als notwendige Verwaltungsmaßnahmen denkbar. In einem solchen Falle wäre auch, worauf Rosenthal[1]) mit Recht hinweist, der Abschluß eines Kontokurrentvertrages mit einer Bank als innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung liegend zu erachten. Dies bietet den Vorteil, daß sich hier als Schuld nur die aus dem jeweiligen Saldo sich ergebende Summe darstellt, und daß die Bank der Prüfung der einzelnen Faktoren auf ihre Ordnungsmäßigkeit hin enthoben ist. Handelt es sich aber um den Nachlaß eines Privatmannes, so genügt es, wenn der Testamentsvollstrecker mit einer Bank einen Verwahrungsvertrag gemäß § 700 BGB. (depositum irregulare) abschließt und so eine gewisse Summe Geld verzinslich anlegt und sich event. ein Scheckkonto einräumen läßt. Der Nachlaß ist dann nur Gläubiger und nicht Schuldner.

Aus einem Auftrag oder einer Auslobung könnte übrigens ebenfalls eine Verpflichtung für den Nachlaß entspringen, hingegen kann der Testamentsvollstrecker nicht mit Wirksamkeit für den Nachlaß einen Vertrag etwa über die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft abschließen, da hier die Erben als Gesellschafter mit ihrem eigenen Vermögen haften würden, während ihnen doch seitens des Testamentsvollstreckers nicht die Geltendmachung der Beschränkbarkeit ihrer Haftung genommen werden kann.[2])

Was die Beweislast betrifft, so hat der Gläubiger, da er ja die Entstehung seines Anspruches zu beweisen hat,[3]) bei Bestreiten der Ordnungsmäßigkeit auch den Beweis dafür zu erbringen, daß die Eingehung der Verbindlichkeit „zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich“ war. Nun sind nicht nur

---

[1]) vgl. Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 738.

[2]) vgl. KGJ. Bd. 33 S. 135, wo es sich um einen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelte.

[3]) vgl. Leonhard, Beweislast.

dann die Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung eingehalten, wenn die vom Testamentsvollstrecker für den Nachlaß eingegangene Verpflichtung sich als die im besonderen Falle einzig mögliche Maßnahme erweist, sie muß sich vielmehr nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Erfahrungssätze und Erwägung des normalen Verlaufs einer Verwaltung als zur Zeit ihrer Vornahme „erforderlich" darstellen. Daß neben der erfolgten Maßregel eine andere vielleicht ebenfalls zur Erreichung des Zweckes möglich war, beweist noch nicht, daß die Maßnahme des Testamentsvollstreckers nicht „erforderlich" war. Ob die übernommene Verbindlichkeit den erstrebten Erfolg tatsächlich herbeigeführt hat oder nicht, ist belanglos, wenn sie nur nach allgemeinen Grundsätzen im Zeitpunkte ihrer Vornahme dazu geeignet erschien, also vom Standpunkte der mittelbaren Prognose aus für „erforderlich" zu erachten war.[1])

Eine unerläßliche Voraussetzung aber ist es, daß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung, rein objektiv betrachtet, erforderlich ist; es genügt nicht, daß eine der Parteien, sei es der Testamentsvollstrecker, sei es der Gläubiger sie von seinem subjektiven Ermessen aus für erforderlich hält.[2]) Die herrschende Meinung[3]) hingegen vertritt den entgegengesetzten Standpunkt; nach ihr ist eine Verbindlichkeit für den Nachlaß auch dann wirksam, wenn der Gläubiger nach angemessener Prüfung, also gutgläubig die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme für vorliegend wähnt. Sie stützt sich zum Beweise hierfür besonders darauf, daß die 2. Kommission bei Abfassung der Bestimmung von der subjektiven Theorie ausgegangen sei und eine ausdrückliche Anordnung nur deswegen

---

[1]) vgl. Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 739.

[2]) Zust. Meischeider S. 501; Herzfelder zu § 2206 BGB. Bem. 1; Haidlen zu § 2206 BGB.; Frommhold zu §§ 2206/07; Scherer zu § 2206; Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 740ff. und wohl auch Enneccerus-Lehmann S. 597.

[3]) So Planck zu § 2206 Erl. 3; Komm. d. RGRäte § 2206; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 141 IV, 3; Strohal § 40a Anm. 18; Kipp § 118 unter IV, 1; Förster S. 156A; Peiser § 6e S. 244; Weißler S. 191; Böhm § 61 unter II C; Leske S. 1211 Anm. 5; Eck-Leonhard Bd. 3 S. 151; Märker S. 161; Endemann Bd. 3 S. 226; Jeglinsky § 9.

nicht getroffen habe, um für verwandte Vorschriften einem unzutreffenden argumento e contrario vorzubeugen.[1]) Da nun aber einmal eine diesbezügliche Bestimmung in das Gesetz nicht aufgenommen worden ist, die Gesetzesmaterialien aber Gesetzeskraft natürlich nicht besitzen, sondern nur ein wertvolles Auslegungsmittel bilden, so müssen wir im folgenden prüfen, ob wir auf Grund der Auslegung des § 2206 BGB. zu dem von der herrschenden Meinung begehrten Ergebnis gelangen.

Von einer grammatischen Interpretation aus kommen wir zur Verneinung der Frage. Nach dem Wortlaut der Bestimmung muß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung objektiv erforderlich sein, denn das Gesetz erklärt ausdrücklich: soweit ... erforderlich „ist", nicht etwa wie z. B. im § 670 BGB.: Soweit der Gläubiger sie für erforderlich „halten darf".[2]) Ist demnach der Gesetzestext mit dem von der herrschenden Meinung vertretenen Satze nicht in Einklang zu bringen, so müßten wir schon, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen, zu einer extensiven Interpretation desselben, die sich aber tatsächlich als Korrektur desselben darstellen würde, schreiten.

Ist nun eine Auslegung des § 2206 Abs. 1 Satz 1 in dem Sinne möglich, „daß zugunsten des Gläubigers die Eingehung der Verbindlichkeit als zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich gilt, wenn der Gläubiger bei der Eingehung annehmen durfte, daß sie zu diesem Zwecke erfolgte"? Dies wäre nur dann zulässig, wenn wir aus allgemein rechtlichen Erwägungen und aus den zahlreichen Bestimmungen, welche das Bürgerliche Gesetzbuch zum Schutze des gutgläubigen Dritten getroffen hat, als Rechtsprinzip den Satz aufstellen könnten: Hat jemand in dem irrigen Glauben, sein Gegenkontrahent sei zum Abschluß eines gegenüber einem Dritten wirksamen Vertrages befugt, den betreffenden Vertrag geschlossen, so ist dieser gültig und dem Dritten gegenüber wirksam, es sei denn, daß ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele. Ein solch allgemeines Prinzip des Schutzes des

---

[1]) vgl. Prot. II Bd. 5 S. 528, 530, 544, der Subkommission S. 7, 11.
[2]) vgl. Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 741.

guten Glaubens kennt aber unser Gesetzbuch nicht. Vielmehr wird der gute Glaube nur da berücksichtigt und geschützt, wo das Gesetz dies ausdrücklich hervorhebt.[1])

An dem gewonnenen Ergebnis vermag auch der von der 2. Kommission erfolgte Hinweis[2]) auf die gemäß § 49 BGB. und § 149 HGB. den Liquidatoren zukommende Vertretungsmacht nichts zu ändern. Das Reichsoberhandelsgericht gewährt hier einem gutgläubig kontrahierenden Dritten Schutz,[3]) wiewohl es einer ausdrücklichen Bestimmung ermangelt. Deswegen erachtete auch die Kommission hier eine besondere Vorschrift, welche die Frage im Interesse des Dritten regelte, für unnötig. Mag nun auch zugegeben werden, daß die Liquidatoren einen Wirkungskreis haben analog dem der Testamentsvollstrecker,[4]) so bleibt das Ergebnis dennoch dasselbe, da u. E. auch hier das im Bürgerlichen Gesetzbuch geltende Prinzip: gutgläubiger Erwerb nur möglich bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung" eine nicht zu rechtfertigende Durchbrechung erleidet. Den beiden oben angeführten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts können wir aus diesem Grunde nicht beipflichten.[5]) Die von Planck dargelegten praktischen Erwägungen, die für die von ihm vertretene subjektive Theorie sprächen, sind nicht völlig zu billigen. Planck berücksichtigt zu wenig, daß auf der anderen Seite doch auch der Erbe des Schutzes bedarf und der Dritte gar oft, man denke nur an den mit einer Ehefrau Kontrahierenden,[6]) infolge seiner Unkenntnis des wahren Sachverhaltes geschädigt werden kann. Übrigens könnten auch Zweckmäßigkeitsgründe allein niemals einen Standpunkt rechtfertigen, der, wie

---

[1]) Zust. Kisch, Besprechung von Böhms Erbrecht, in GrünhutsZ. Bd. 31 S. 417; Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 741 ff.

[2]) vgl. Prot. II Bd. 5 S. 530.

[3]) vgl. RG. Bd. 13 S. 224, Bd. 21 S. 307.

[4]) Nach Rosenthal ist die Stellung des Testamentsvollstreckers von der des Liquidators verschieden, da des letzteren Amt einen immerhin noch erwerbsgeschäftlichen Charakter trage.

[5]) Zust. Makower zu § 149 HGB. N. IVd; Lehmann-Ring zu § 149 HGB. N. VI; Rosenthal in GruchotsBeitr. S. 744; and. M. Staub zu § 149 HGB.; Planck zu § 2206 Erl. 3.

[6]) vgl. § 1404 BGB.

hier, sich mit dem Inhalt des Gesetzes nicht in Einklang bringen läßt.

b) Die Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung.

Nach Satz 2 desselben Paragraphen kann der Testamentsvollstrecker „die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand für den Nachlaß auch dann eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist". Diese Vorschrift entspringt der Erwägung, daß, da der Testamentsvollstrecker zu Verfügungen unbeschränkt befugt ist, er auch zum Abschluß der zugrunde liegenden und vorausgehenden obligatorischen Rechtsgeschäfte berechtigt sein muß. Denn, soweit er mit sofortiger Wirksamkeit eine Rechtsänderung herbeiführen kann, soweit muß es ihm auch gestattet sein, den Nachlaß zu verpflichten. Ist doch die Verpflichtung fast stets das Mittel und der Grund zur späteren Vornahme der Verfügung. Steht es in der unbedingten Macht des Testamentsvollstreckers, ein Grundstück aufzulassen, so wäre es völlig unerklärlich und zweckwidrig, wenn er nicht auch die unbeschränkte Befugnis hätte, dasselbe wirksam zu verkaufen. Während also im allgemeinen eine Verpflichtung nur dann mit Wirksamkeit für den Nachlaß begründet werden kann, wenn ihre Eingehung zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, ist sie hier von dieser Voraussetzung unabhängig. Soweit die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers reicht, soweit kann er auch Verpflichtungen zu Verfügungen eingehen. Indem der Testamentsvollstrecker im Zweifel, d. h. mangels einer besonderen Bestimmung des Erblassers, unbeschränkt verfügungsberechtigt ist, ist er im Zweifel auch unbeschränkt verpflichtungsfähig.[1]) Da er gemäß § 2205 Satz 3 BGB. zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt ist, „soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen", so kann er stets mit Wirksamkeit für den Nachlaß ein Schenkungsversprechen nur unter dieser Voraussetzung, die gleichzeitig auch die Grenze für eine ordnungsgemäße Verwaltung darstellt, machen.

---

[1]) vgl. Planck zu § 2206 Erl. 4.

Der Testamentsvollstrecker kann aber stets, auch nach Satz 2 des § 2206 BGB. nur in dem Umfange eine Verbindlichkeit eingehen, als das betreffende Rechtsgeschäft normalerweise eine Verpflichtung begründet. Übernimmt der Testamentsvollstrecker eine gesteigerte Haftung, als sie das Gesetz fordert, so ist dies dem Nachlasse gegenüber nur dann wirksam, wenn die ordnungsmäßige Verwaltung den Abschluß des Rechtsgeschäfts in dieser Form fordert. Da nach § 436 BGB. der Verkäufer eines Grundstücks „nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind", haftet, so könnte eine vom Testamentsvollstrecker entgegen dieser Vorschrift eingegangene Verpflichtung nur nach Satz 1 des § 2206 BGB. für wirksam erachtet werden.[1]) Die Ansicht Frommholds,[2]) der Testamentsvollstrecker könne bei Verpflichtungen zu einer Verfügung Nebenverpflichtungen jeglicher Art, soweit sie nur mit der Hauptverpflichtung in einem rechtlichen Zusammenhange stehen, auch über die gesetzlich eintretende Haftung hinaus übernehmen, ist abzulehnen.[3])

Als Beispiel einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung über Nachlaßgegenstände sei ferner die vom Testamentsvollstrecker übernommene Verpflichtung zur Belastung eines zum Nachlasse gehörigen Grundstücks erwähnt, sei es mit Dienstbarkeiten, sei es mit Reallasten, Grund- oder Rentenschulden, sei es mit einem dinglichen Vorkaufsrecht. Da, wie wir oben schon ausführten, der Testamentsvollstrecker eine Hypothek, die ja eine wirksame Forderung zur Voraussetzung hat,[4]) nur zur Sicherung einer schon vom Erblasser stammenden Schuld oder nur im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung bestellen kann, so kann er auch nur insoweit eine Verbindlichkeit zur Begründung derselben eingehen.[5]) Auch die Einräumung eines Wiederkaufsrechtes gemäß §§ 497 ff. BGB. seitens des Testamentsvollstreckers könnte in Betracht kommen.

---

[1]) vgl. Planck zu § 2206 Erl. 5.
[2]) vgl. Frommhold zu §§ 2206, 2207 Bem. 1 b.
[3]) vgl. Strohal § 40a S. 279 Anm. 17; Euker S. 93.
[4]) vgl. § 1113 mit §§ 1163, 1177 BGB.
[5]) And. M.: Planck zu § 2206 Erl. 4.

§ 5.

Die Bedeutung der Verpflichtung des Erben zur Erteilung seiner Einwilligung gemäß § 2206 Abs. 2 BGB.

Immerhin sind Fälle sehr leicht denkbar, in denen es zweifelhaft ist, ob die vom Testamentsvollstrecker beabsichtigte Eingehung einer Verbindlichkeit oder die übernommene Verpflichtung gemäß § 2206 Abs. 1 BGB. dem Nachlasse gegenüber wirkt. Um nun aber den Abschluß auch solcher vielleicht für den Nachlaß durchaus vorteilhafter Verträge zu sichern, und um auch dem Vertragsgegner die gewünschte Gewähr für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu bieten, hat der Gesetzgeber folgende Bestimmung im § 2206 Abs. 2 getroffen[1]):

> „Der Erbe ist verpflichtet, zur Eingehung solcher (der in Abs. 1 genannten) Verbindlichkeiten seine Einwilligung zu erteilen, unbeschadet des Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen".

Diese Vorschrift schützt demnach einerseits den Gläubiger davor, daß der Erbe später die Unwirksamkeit der vom Testamentsvollstrecker übernommenen Verpflichtung geltend macht, andererseits kann sich auf diesem Wege der Testamentsvollstrecker gegen etwaige Schadensersatzansprüche des Erben sichern, welche dieser nach § 2219 BGB. gegen in erheben könnte. Praktische Bedeutung gewinnt die Bestimmung vornehmlich in den Fällen, wo es sich um eine auch noch nach Beendigung der Testamentsvollstreckung fortwirkende Verpflichtung handelt, wie beispielsweise bei auf lange Zeit geschlossenen Miet- oder Pachtverträgen.[2])

Unter „Einwilligung" im technischen Sinne ist gemäß § 183 BGB. nur die vorherige Zustimmung zu verstehen. Es wäre aber durchaus unerklärlich, warum der Erbe, wenn der Testamentsvollstrecker einmal eine Verpflichtung im Rahmen seiner Befugnisse schon übernommen hat und diese daher dem Nachlasse

---

[1]) vgl. Denkschr. z. Entw. von 1896 S. 289.

[2]) vgl. Planck zu § 2206 Erl. 8.

gegenüber Wirksamkeit besitzt, nicht auch zur Erteilung seiner „Genehmigung“ verpflichtet sein sollte.[1]) Der Gesetzgeber hat sich daher wohl hier nicht, da statt des Ausdruckes „Einwilligung“ das Wort „Zustimmung“ am Platze wäre, an die von ihm selbst aufgestellte Definition gehalten, ein Fehler, der ihm des öfteren unterlaufen ist.[2])

Daß der Erbe zu Verbindlichkeiten, die sich als notwendige Verwaltungsmaßnahmen darstellen, seine Zustimmung erteilen muß, ist durchaus billig. Weniger gerecht aber würde es sein, wenn er auch stets genötigt werden könnte, Verbindlichkeiten, welche die Vornahme einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand betreffen, bedingungslos zuzustimmen. Denn, wie wir oben schon bemerkten, enthält die Zustimmung des Erben dessen gleichzeitigen Verzicht auf etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker gemäß § 2219 BGB. Da nun aber der Testamentsvollstrecker, wenn er auch nach außen unbeschränkt verfügungsberechtigt[3]) und insofern auch nach § 2206 Abs. 1 Satz 2 verpflichtungsfähig ist, im Innenverhältnis zu dem Erben gemäß § 2216 stets „zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet“ bleibt, so macht er sich bei schuldhaftem Überschreiten der Grenzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung dem Erben verantwortlich[4]) und regreßpflichtig. Daher wird der Erbe wohl nur solchen zukünftige Verfügungen betreffenden Verbindlichkeiten, welche einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechen,[5]) nach § 2206 Abs. 2 BGB. zuzustimmen verpflichtet sein.[6])

Ebensowenig kann die Einwilligung des Erben die Gültigkeit einer unentgeltlichen Zuwendung, welche offenkundig die

---

[1]) Zust. Crome Bd. 5 § 675 Anm. 65. And. A. Komm. d. RGRäte zu § 2206 Anm. 3.

[2]) vgl. Weyl S. 53ff.; Staudinger zu § 182 Anm. 1. Vgl. ferner Herzfelder zu § 2206 Erl. 2.

[3]) vgl. § 2205 BGB.

[4]) vgl. § 2219 BGB.

[5]) Die sonstigen Verbindlichkeiten müssen zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Nachlasse zur ordnungsmäßigen Verwaltung „erforderlich“ sein.

[6]) So auch Leonhard zu § 2206 BGB.; Meyer a. a. O.; Kipp § 118 unter II, 3.

dem Testamentsvollstrecker vom Gesetze oder dem Erblasser gewährten Befugnisse überschreitet, oder einer zu eigenem Nutzen des Testamentsvollstreckers in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorgenommenen Verfügung bewirken.[1])

Hat der Testamentsvollstrecker den Erben durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung zur Erteilung seiner Zustimmung bewogen, so kann der Erbe innerhalb der im § 124 BGB. angegebenen Frist seine Erklärung anfechten und die an sie geknüpften Folgen hierdurch wieder rückgängig machen.[2]) Die §§ 116 ff. BGB. sind auf die Zustimmung des Erben in entsprechender Weise anzuwenden.

Gibt der Erbe nicht freiwillig auf die Aufforderung des Testamentsvollstreckers hin seine Zustimmung, so kann er durch diesen im Wege der Klage hierzu angehalten werden. Würde in einem solchen Rechtsstreite der Testamentsvollstrecker mit seiner Klage abgewiesen werden, so hat nicht stets er persönlich die Kosten des Verfahrens zu tragen,[3]) sondern u. E. nur dann, wenn er schuldhafterweise den Prozeß angestrengt hat und deshalb nach § 2219 BGB. dem Erben haftbar ist. Im übrigen aber handelt er doch hier nicht als Privatperson, sondern als Inhaber seines Amts, nicht im eigenen, sondern im Interesse des Nachlasses, den insofern auch die Kosten treffen.[4]) Der kontrahierende Dritte, der Gläubiger, kann nicht klageweise von dem Erben die Zustimmung fordern.

Andererseits kann der Erbe auch noch während der Dauer der Testamentsvollstreckung eine Klage gegen den Testamentsvollstrecker oder den Dritten erheben auf Feststellung, daß eine auf Grund des § 2206 Abs. 1 BGB. gerechtfertigte Verbindlichkeit nicht entstanden sei. Handelt es sich doch hierbei um die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, das rechtliche Interesse des Erben an der alsbaldigen Fest-

---

[1]) vgl. Komm. d. RGRäte zu § 2206 Anm. 3; RG. Bd. 74 S. 215 ff.; KGJ. Bd. 33 A S. 164, 172 ff.

[2]) vgl. Strohal S. 279 Anm. 20.

[3]) So irrig Planck zu § 2206 Erl. 8.

[4]) vgl. oben S. 24, 29 und die unter S. 24 Anm. 5 zitierten Schriftsteller.

stellung desselben ist wohl stets vorhanden, da der Erbe im Falle der Wirksamkeit der Verpflichtung für diese haftet und die Feststellung von Einfluß ist auf seine Entscheidung, ob er Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs beantragen will oder nicht. Die Voraussetzungen des § 256 ZPO. sind daher im allgemeinen erfüllt.

Indem der Erbe seine Zustimmung gemäß § 2206 Abs. 2 BGB. erteilt, erklärt er nicht, auch persönlich mit seinem eigenen Vermögen für die Schuld einstehen zu wollen, seine Einwilligung ist keine Vollmacht, er behält vielmehr, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, trotzdem das Recht, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen.

§ 6.

Rechtliche Natur der vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten.

Die letzten Ausführungen führen uns auf die Erörterung der Frage, welche rechtliche Natur überhaupt den vom Testamentsvollstrecker mit Wirksamkeit für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten zukommt. Der Testamentsvollstrecker übernimmt die Verbindlichkeit „für den Nachlaß", es entstehen daraus Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 Abs. 2 BGB. Sie fallen unter die „den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten", weil sie in einer vom Gesetze anerkannten objektiven Beziehungen zum Nachlasse stehen.[1])

§ 7.

Die Haftung des Erben für die vom Testamentsvollstrecker wirksam eingegangenen Verbindlichkeiten.

Wieweit der Erbe persönlich für die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten haftet und inwieweit er insofern durch den Testamentsvollstrecker persönlich

[1]) vgl. § 2092 des 1. Entw. und Mot. Bd. 5 S. 603; Herzfelder und Planck zu § 2206.

verpflichtet werden kann, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Es würde den Rahmen der hier gestellten Aufgabe überschreiten, wollten wir nunmehr des näheren auf die in Literatur und Rechtsprechug lebhaft bestrittene Frage eingehen, ob der Erbe nach Bürgerlichem Gesetzbuch grundsätzlich beschränkt oder unbeschränkt für diese haftet. Indem wir mit der herrschenden Meinung[1]) annehmen, daß die Haftung des Erben eine beschränkbare ist, wobei die Beschränkung aber erst nachträglich auf Grund der besonderen vom Gesetze geforderten Maßregeln eintritt und nicht schon von vornherein vorhanden ist,[2]) beantworten wir die oben aufgeworfene Frage im folgenden Sinne: Der Erbe wird durch die vom Testamentsvollstrecker mit Wirksamkeit für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten auch persönlich, d. h. unter Haftung seines eigenen Vermögens insofern verpflichtet, als er für die Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten gemäß § 1967 BGB. unbeschränkt haftet. Solange es ihm aber nach den allgemeinen Regeln möglich ist, seine Haftung gemäß § 1975 BGB. — durch Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses — oder gemäß § 1990 BGB. — Preisgabe des Nachlasses — auf den Nachlaß zu beschränken, kann er sich jederzeit der persönlichen Haftung mit seinem eigenen Vermögen entziehen. Hat er ausnahmsweise das Recht, die Beschränkung herbeizuführen, verloren, und ist seine Haftung eine unbeschränkbare geworden, so wird er durch die vom Testamentsvollstrecker gemäß § 2206 BGB. eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich verpflichtet. Dies ist dann der Fall, wenn er innerhalb der ihm vom Nachlaßgericht auf Antrag eines

---

[1]) So Strohal 2. Teil § 72; Planck Anm. 3 vor § 1967, DJZ. Bd. 4 S. 365; Leonhard Erl. I A zu § 1967; Dernburg § 164; Bingner im SächsArch. Bd. 5 S. 598ff.; Wendt im ArchZivPrax. Bd. 86 S. 384ff.; Kretzschmar im ZBlFG. Bd. 9 S. 49, Erbrecht § 71; Jäger, Erbenhaftung S. 1ff.; H. Meyer S. 16ff.; Böhm in GruchotsBeitr. Bd. 42 S. 460ff.; RG. Bd. 59 S. 300ff., Bd. 74 S. 375; Rspr. Bd. 1 S. 431, 446, Bd. 4 S. 289, Bd. 6 S. 173, Bd. 18 S. 314; ZBlFG. Bd. 6 S. 410; and. M. Binder S. 63ff.; Frommhold zu § 1967; Martin S. 59ff. u. a.

[2]) vgl. Leonhard zu § 1967 Erl. I A.

Nachlaßgläubigers bestimmten Frist ein Inventar nicht errichtet,[1]) wenn er absichtlich ein unrichtiges Inventar aufstellt,[2]) oder wenn er dem Verlangen eines Nachlaßgläubigers, in unserem Falle eines Gläubigers einer nach § 2206 begründeten Forderung, auf Leistung des Offenbarungseides nicht nachkommt.[3]) Im letzten Falle ist die Haftung des Erben nur diesem Nachlaßgläubiger gegenüber unbeschränkbar geworden.

Hingegen kann der Testamentsvollstrecker selbst nicht den Erben der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung berauben, er kann unmittelbar stets durch seine Maßnahmen nur auf das seiner Verwaltung unterliegende Nachlaßvermögen, niemals aber — von der mittelbaren Einwirkung in den obenerwähnten Fällen abgesehen — auf das Vermögen des Erben einwirken. Aus diesem Grunde bedarf auch das gegen den Testamentsvollstrecker ergangene Urteil über eine Nachlaßverbindlichkeit nicht des sonst notwendigen Vorbehalts der Beschränkung der Haftung des Erben (§ 780 Abs. 2 ZPO.).[4])

II. Sonderfälle.

Haben wir in dem Vorangegangenen untersucht, inwieweit bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers dieser im allgemeinen mangels besonderer Anordnungen des Erblassers Verpflichtungen mit Wirksamkeit für den Nachlaß und den Erben einzugehen befugt ist, so wenden wir uns nunmehr im folgenden der Erörterung einiger Sonderfälle zu.

§ 8.

a) Erweiterte Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

Gemäß § 2207 BGB.

§ 2207 BGB. zufolge kann der Erblasser „anordnen, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlich-

[1]) vgl. § 1994 Abs. 1 BGB.
[2]) vgl. § 2005 BGB.
[3]) vgl. § 2006 BGB.
[4]) vgl. Herzfelder, Vorbem. vor §§ 2197ff. und Weißler S. 348.

keiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll". In der Praxis wird dies häufig dann geschehen, wenn der Erblasser einen Abkömmling hinsichtlich seines Pflichtteilsrechts beschränken will,[1]) oder wenn der Erblasser einem der Erben eine die der anderen überragende Stellung, etwa der Witwe die Stellung eines Familienhauptes[2]) einräumen will.

Der zum Testamentsvollstrecker Bestellte kann in diesem Falle Verbindlichkeiten jeglicher Art wirksam eingehen, ohne daß diese dem im § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB. gestellten Erfordernis ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen müßten. Im Verhältnis zu Dritten ist demnach hier der Testamentsvollstrecker unbeschränkt verpflichtungsfähig. Der Dritte braucht hier nicht die für ihn schwierige Prüfung vorzunehmen, ob das betreffende Rechtsgeschäft eine notwendige Verwaltungsmaßnahme bildet. Hierauf beruht auch die praktische Bedeutung der Vorschrift. Denn wie Körner[3]) mit Recht hervorhebt, geht hier die in den Handlungen des Testamentsvollstreckers ruhende Gefahr von dem Dritten auf den Erben über.

Da aber der Testamentsvollstrecker nach § 2216 BGB. zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist, so macht er sich, wenn er die Grenzen einer solchen überschreitet, im Innenverhältnis dem Erben verantwortlich, mag auch die Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber vollwirksam sein.[4]) Dies ergibt sich aus der Stellung des § 2216 Abs. 1 BGB. im Systeme, die hier getroffene Vorschrift berücksichtigt alle vorangegangenen Bestimmungen über die Verwaltung des Nachlasses. Diese Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung ist zwingenden Rechtes, eine Befreiung hiervon seitens des Erblassers ist unmöglich.[5]) Andererseits aber erscheint es geboten, dem Testamentsvollstrecker auch im Falle einer solch erweiterten Verpflichtungsbefugnis das Recht zuzusprechen, von dem Erben die

---

[1]) vgl. § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[2]) vgl. KGJ. Bd. 32 A S. 87.

[3]) vgl. Körner S. 42.

[4]) vgl. ZBlFG. Bd. 7 S. 719.

[5]) vgl. § 2220 BGB.; vgl. auch Planck Erl. 2 zu § 2207; Herzfelder zu § 2207.

Zustimmung zur Eingehung der Verbindlichkeit gemäß § 2206 Abs. 2 BGB. zu fordern. Wilke[1]) und ihm folgend Herzfelder[2]) versagen dem Testamentsvollstrecker unberechtigterweise diese Befugnis. Wenn Herzfelder (a. a. O.) erklärt, Wortlaut und Zweck der Bestimmung des § 2206 Abs. 2 widerspreche der hier vertretenen Ansicht, so ist dies u. E. irrig. Was zunächst den Zweck dieser Vorschrift betrifft, so ist dieser, wie wir oben ausführten, auch der, den Testamentsvollstrecker gegen eine etwaige Schadensersatzforderung des Erben zu sichern. Im Falle des § 2207 hat der Testamentsvollstrecker hieran kein minder großes Interesse wie im Falle des § 2206 Abs. 1; der Zweck, den Abs. 2 des § 2206 verfolgt, trifft hier ebenso zu. Daß der Wortlaut der Vorschrift, insofern sie unter „solchen" Verbindlichkeiten die in Abs. 1 bezeichneten versteht, sowie ihre Stellung im Systeme gegen unsere Auffasssung zu sprechen scheint, mag zugegeben werden. Ein auf solch äußere Momente begründeter Gesichtspunkt kann aber nicht entscheidend sein, zumal wenn wie hier der der Bestimmung zugrunde liegende Gedanke, nämlich der dem Testamentsvollstrecker zu gewährende Schutz, auch im Falle des § 2207 berechtigt ist. Zum mindesten erscheint eine analoge Anwendung der im § 2206 Abs. 2 gegebenen Vorschrift auf den Tatbestand des § 2207 geboten.[3]) Herzfelder, der ebenfalls das Interesse des Testamentsvollstreckers an seiner Sicherheit vor Schadensersatzansprüchen des Erben anerkennt, verweist ihn auf den Weg der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO.,[4]) deren Voraussetzungen bei Vorliegen des hier geschilderten Tatbestandes wohl stets erfüllt sind.[5]) Umgekehrt wird auch der Erbe diese zu erheben des öfteren befugt sein. Warum aber soll man zu diesem zweifellos zulässigen, aber doch umständlicheren Mittel greifen, wo das Gesetz selbst auf ein einfacheres Verfahren deutet?

---

[1]) vgl. Wilke zu § 2207 Erl. 1.

[2]) vgl. Herzfelder zu § 2207.

[3]) Zust. Planck zu § 2207 Erl. 3; Strohal § 40a Anm. 23; Leonhard zu § 2207; Meyer § 55 Anm. 31; Körner S. 42.

[4]) vgl. Herzfelder zu § 2207.

[5]) vgl. auch Prot. II Bd. 5 S. 270.

Zu einem Schenkungsversprechen ist aber auch im Falle des § 2207 BGB. der Testamentsvollstrecker nur dann berechtigt, wenn die Zuwendung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht.[1]) Von dieser Vorschrift kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht durch ausdrückliche Anordnung befreien.[2])

Gemäß § 2209 BGB.

Die hier geschilderte erweiterte Verpflichtungsbefugnis steht dem Testamentsvollstrecker im Zweifel auch dann zu, wenn der Erblasser ihm die Verwaltung des Nachlasses übertragen hat, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen. Dasselbe gilt bei einer Anordnung des Erblassers dahin, der Testamentsvollstrecker solle die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortführen.[3]) In einem solchen Falle führt der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nicht zum Zwecke der Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers und der Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Erben, sondern als eine selbständige Aufgabe, sie ist in diesem Sinne „Selbstzweck" für die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers. Daher ist auch hier der Kreis der einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechenden Geschäfte ein größerer als im Normalfalle des § 2205 BGB., eine Tatsache, die für das Innenverhältnis zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker von großer Bedeutung ist. Während dort die Eingehung von Verbindlichkeiten vornehmlich der Abwickelung der schwebenden Geschäfte und der Erlangung der zur Verteilung des Nachlasses notwendigen flüssigen Mittel dient, handelt es sich hier um eine Verwaltung von längerer Dauer, die eine möglichst zweckmäßige wirtschaftliche Verwertung des Vermögens im Auge haben muß.[4]) Hierin liegt auch der Grund für die geradezu unbeschränkte Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, da die Ausführung der Verwaltung eine freiere Stellung erfordert.

---

[1]) vgl. § 2207 Satz 2 BGB.
[2]) vgl. Planck, Herzfelder a. a. O.
[3]) vgl. § 2209 BGB.
[4]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 529.

§ 9.

b) Eingeschränkte Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

Umgekehrt kann der Erblasser dem Testamentsvollstrecker aber auch eine eingeschränktere Verpflichtungsbefugnis zuweisen, als es der im § 2206 BGB. aufgestellten Norm entspricht. Er kann ihm einzelne Rechte, die ihm auf Grund der dort getroffenen Vorschrift zukommen würden, entziehen und ihm die Eingehung bestimmter Verbindlichkeiten untersagen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Denn nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB. hat der Testamentsvollstrecker die in den §§ 2203—2206 bestimmten Rechte nicht, soweit anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen.[1]) Es ist keineswegs erforderlich, daß der Erblasser ausdrücklich im Testament die Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers angeordnet hat, es genügt vielmehr jede Tatsache, die auf einem dahingehenden Willen des Erblassers mit einiger Sicherheit schließen läßt. Wer den geringeren Umfang der Rechte des Testamentsvollstreckers geltend macht, muß dies beweisen.[2])

Gegenständliche Beschränkung auf einen Teil des Nachlasses.

Es ist ferner auch möglich, daß der Erblasser das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers, was dessen Gegenstand betrifft, beschränkt hat. So kann er ihm die Verwaltung nur einzelner Nachlaßgegenstände zugewiesen haben. Dann kommt Satz 2 des § 2208 BGB. in Betracht:

> „Unterliegen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nur einzelne Nachlaßgegenstände, so stehen ihm die in § 2205 Satz 2 bestimmten Befugnisse nur in Ansehung dieser Gegenstände zu,“

d. h. der Testamentsvollstrecker ist zur Besitznahme und Verfügung nur in diesem begrenzten Umfange befugt.

---

[1]) vgl. KGJ. Bd. 25 S. 227.

[2]) vgl. RG. Bd. 61 S. 142.

Hierbei sind nun folgende Fälle zu unterscheiden und gesondert zu betrachten:

a) Die betreffenden einzelnen Gegenstände gehören einem Alleinerben.

b) Sie gehören einer Mehrheit von Erben, und zwar

α) allen Miterben,

β) nur einzelnen Miterben.

Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei Verwaltung nur einzelner im Eigentum eines Alleinerben stehender Gegenstände.

Was die unter a erwähnte Möglichkeit anbelangt, so gilt hier folgendes hinsichtlich der Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers: § 2206 BGB. setzt zwar die Verwaltung des ganzen Nachlasses voraus und ist daher hier nicht unmittelbar anwendbar, der der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke spricht aber für eine analoge Ausdehnung auf den hier zu behandelnden Tatbestand. Denn um eine Verwaltung ordnungsgemäß durchführen zu können, ist es im allgemeinen notwendig, nicht nur Verfügungen zu treffen, sondern auch Verbindlichkeiten einzugehen. Die Befugnis hierzu ist mit dem Rechte der Verwaltung eng verknüpft. Indem der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände überträgt, räumt er ihm, wenn nicht ausdrücklich, so stillschweigend auch die Verpflichtungsbefugnis ein. Soweit daher die Eingehung von Verbindlichkeiten zur ordnungsmäßigen Verwaltung dieser Nachlaßgegenstände erforderlich ist, oder es sich um die Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer dem Testamentsvollstrecker statthaften Verfügung über diese Gegenstände handelt, kann der Testamentsvollstrecker den Nachlaß wirksam verpflichten. Es entstehen dann Nachlaßverbindlichkeiten, für die der Erbe nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 1967 BGB. — unbeschränkt aber beschränkbar, wie wir oben ausführten — haftet.[1])

[1]) Zust. Planck zu § 2208 Anm. 2; Euker S. 87; vgl. auch Herzfelder zu § 2208 Anm. 1, der aber ohne Angabe eines Grundes die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auf die Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung beschränkt.

Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei Verwaltung einzelner, im Eigentum sämtlicher Erben stehender Gegenstände.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn die Gegenstände nicht einem Alleinerben, sondern mehreren, und zwar, wie wir zunächst annehmen wollen, allen Erben gehören. Beispielsweise könnte der Erblasser folgende Bestimmung im Testamente getroffen haben: „A, B u. C sollen meine Erben sein. Das zum Nachlasse gehörige Wohnhaus soll der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterstellt werden". Solange es zu einer Auseinandersetzung unter den Erben und Teilung des Nachlasses noch nicht gekommen ist, finden auf die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten die gleichen Grundsätze Anwendung wie bei einer für einen Alleinerben angeordneten Testamentsvollstreckung. Zu den Verwaltungsrechten des Testamentsvollstreckers gehört auch hier eine auf die seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände beschränkte Verpflichtungsbefugnis; eine analoge Anwendung des § 2206 BGB. ist auch hier geboten und zulässig. Der Testamentsvollstrecker übernimmt mit Wirksamkeit für den Nachlaß Verpflichtungen, für welche die Erben nach §§ 2058ff. BGB. als Gesamtschuldner haften.

Nicht so einfach beantwortet sich die Frage, wenn eine Teilung des Nachlasses bereits stattgefunden hat. Es würde zu weit führen, des näheren darauf einzugehen, wann dieser Zeitpunkt vorliegt. Wir nehmen mit der h. M.[1]) an, daß dies stets Tatfrage des besonderen Falles ist, daß einerseits die Teilung einzelner Nachlaßbestandteile noch keine Teilung des Nachlasses bedeutet,[2]) und andererseits eine Teilung auch dann als bewirkt zu erachten ist, „wenn einzelne Nachlaßstücke aus besonderen Gründen noch im Miteigentum der Erben unverteilt bleiben". Im allgemeinen, d. h. mangels einer gegenteiligen Bestimmung

---

[1]) s. vornehmlich Herzfelder zu § 2059 Bem. 2; Planck Bem. 7 zu § 2059; Dernburg, PrPrivR. Bd. 3 S. 240 und Bürgerl. R. Bd. 5 § 178 Nr. II; Endemann Bd. 3 § 114 Nr. II; Strohal § 89 Nr. VI u. a. m.

[2]) And. M. Hachenburg, Vorträge S. 704ff.; Binder Teil III S. 228ff. und S. 319 N. 24.

des Erblassers, hat der Testamentsvollstrecker nur die Auseinandersetzung unter den Erben zu bewirken, nach Erledigung dieser Aufgabe endet die Verwaltung des Testamentsvollstreckers und damit auch seine Verpflichtungsbefugnis, sodaß nach erfolgter Teilung eine Testamentsvollstreckung im Regelfalle nicht mehr besteht.

Wie aber gestalten sich die Rechte des Testamentsvollstreckers, wenn der Erblasser ausdrücklich die Fortdauer der Verwaltung des Testamentsvollstreckers angeordnet hat? Indem wir auf das oben gegebene Beispiel zurückkommen, könnte der Erblasser z. B. seiner letztwilligen Anordnung einen Zusatz des Inhalts beigefügt haben, die Verwaltung des betreffenden Hauses solle zwanzig Jahre, vom Tage des Erbfalles an gerechnet, einem Testamentsvollstrecker unterstellt sein. Ist eine derartige Bestimmung getroffen, d. h. die Dauer der Testamentsvollstreckung auf eine gewisse Zeit genau festgesetzt, so haben wir hierin die Ausschließung der Auseinandersetzung in Ansehung des betreffenden Nachlaßgegenstandes im Sinne des § 2044 Abs. 1 BGB. zu erblicken. Im Zweifel liegt hierin aber nicht die Ausschließung der Auseinandersetzung in Ansehung des sonst vorhandenen Nachlasses. Wenn daher auch, wie Planck[1]) zutreffend hervorhebt, ein Miterbe grundsätzlich nicht eine gegenständlich beschränkte Auseinandersetzung verlangen kann,[2]) so erweist sich im besonderen Falle doch die Forderung eines Miterben auf Auseinandersetzung des der Testamentsvollstreckung nicht unterliegenden Teiles des Nachlasses als gerechtfertigt,[3]) und eine solche Auseinandersetzung in Ansehung nur einzelner Nachlaßgegenstände ist ferner auch rechtlich zuzulässig.[4]) Da in dem angeführten Beispiele nur ein einzelner Nachlaßgegenstand von der Auseinandersetzung ausgeschlossen ist und dieser, wie wir annehmen wollen, nur einen Teil des Nachlaßvermögens darstellt, so ist der Nachlaß, sofern im übrigen die Auseinandersetzung unter den Erben stattgefunden hat, als

[1]) vgl. Planck zu § 2042 Erl. 2.
[2]) vgl. auch E. d. KG. v. 25. 1. 1906 in DJZ. 1906 S. 825.
[3]) vgl. Josef in GruchotsBeitr. Bd. 49 S. 32ff., bes. S. 44f.
[4]) vgl. auch Rspr. Bd. 11 S. 230.

„geteilt“ zu erachten, mag auch das Haus noch im Gesamthandseigentum der Erben bleiben.[1])

Kann nun der Testamentsvollstrecker, wenn wie hier der Nachlaß „geteilt“ ist, Verbindlichkeiten in betreff des seiner Verwaltung unterstellten Hauses mit Wirksamkeit für die Erben eingehen? Dies kann um deswillen zweifelhaft erscheinen, weil eine solche Befugnis sich nicht unmittelbar aus § 2206 BGB. herleiten läßt. Hat diese Vorschrift doch das Vorhandensein eines Nachlasses zur Voraussetzung, während hier nach erfolgter Teilung ein solcher nicht mehr besteht. Müssen wir infolgedessen zu dem Ergebnis kommen, daß dem Testamentsvollstrecker die Verpflichtungsbefugnis in dem hier geschilderten Falle fehlt? Daß dieses Resultat von praktischen Gesichtspunkten aus sehr zu mißbilligen wäre, liegt auf der Hand. Würde nämlich der Testamentsvollstrecker eine Verpflichtung eingehen, so würden hierfür, mag die Maßnahme des Testamentsvollstreckers sich auch unbedingt als zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich erweisen, von diesem Standpunkte aus niemals die Erben, sondern nur der Testamentsvollstrecker persönlich haften, und er selbst hätte nur — im Innenverhältnis — einen Ersatzanspruch gegen die Erben gemäß §§ 2218, 670 BGB.[2]) Die Erben könnten demnach durch möglichst schnelle Auseinandersetzung der der Testamentsvollstreckung nicht unterliegenden Nachlaßgegenstände es verhindern, daß der Testamentsvollstrecker sie wirksam Dritten gegenüber zu verpflichten in der Lage ist.

Indessen erscheint hier eine analoge Anwendung des § 2206 BGB. geboten. Denn es handelt sich um die Verwaltung einzelner Nachlaßteile, die, wie wir oben ausführten, noch im Eigentum der sämtlichen Erben stehen. Wie wir oben es für zulässig erklärten, daß der einem Alleinerben gesetzte Testamentsvollstrecker trotz Verwaltung nur einzelner Nachlaßgegenstände Nachlaßverbindlichkeiten wirksam begründen kann, so entstehen

---

[1]) Zur Umwandlung des Gesamthandseigentums in Miteigentum nach Bruchteilen bedürfte es der Auflassung und Eintragung im Grundbuch, ein hierauf gerichteter Vertrag der Form des § 313 BGB.; vgl. des näheren Planck zu § 2042 Erl. 4 $i\beta$.

[2]) So Euker S. 88.

u. E. auch hier durch die vom Testamentsvollstrecker im Rahmen des § 2206 Abs. 1 BGB. eingegangenen Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten, für welche die Erben persönlich gemäß §§ 2058ff. BGB. haften. Da infolge der schon erfolgten Teilung des Nachlasses die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht mehr statthaft ist,[1]) so können die Erben nur noch durch den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Beschränkbarkeit ihrer Haftung geltend machen.[2])

Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei Verwaltung einzelner, im Eigentum nur eines Teiles der Miterben stehender Gegenstände.

Gehören die der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterstellten Gegenstände nur einzelnen oder einem Miterben, so kann der Testamentsvollstrecker nicht mit Wirksamkeit für den Nachlaß und demzufolge für sämtliche Erben Verbindlichkeiten eingehen. Sprachen wir soeben oben dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zur Verpflichtung zu, so liegt der Tatbestand hier doch ganz anders, wenn es sich auch beide Male übereinstimmend nicht um die Verwaltung des ganzen Nachlasses, sondern nur einzelner Nachlaßgegenstände handelt. Denn hier ist nur ein Teil der Erben an der Verwaltung interessiert, den übrigen aber, die gar nicht Eigentümer der Gegenstände sind, kann nicht eine durch deren Verwaltung begründete Haftung zugemutet werden.

Um zu einem billigen Ergebnis in dieser Frage zu gelangen, befürwortet Euker[3]) eine analoge Anwendung des § 1967 BGB. „mit der Maßgabe, daß die Haftung auf die Erbteile der Eigentümer jener Nachlaßgegenstände beschränkt sei". Die übrigen Miterben sollten auf diesem Wege von jeder Haftung befreit werden. Das Gesetz sieht aber eine derartige Teilhaftung nirgends vor, § 1967 BGB. faßt gerade unter den „den Erben

---

[1]) vgl. § 2062 BGB.
[2]) vgl. die §§ 214ff. KO., insbes. §§ 216 Abs. 3 und 224 Ziff. 5 KO.
[3]) vgl. Euker S. 87.

als solchen treffenden Verbindlichkeiten“ nur solche auf, die Nachlaßverbindlichkeiten, d. h. Verbindlichkeiten sind, die Wirksamkeit gegenüber dem ganzen Nachlaß und somit sämtlichen Erben gegenüber haben. Die Konstruktion Euker's ist daher u. E. rechtlich nicht zulässig und abzulehnen.

Ebensowenig können wir Planck[1]) zustimmen, der die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bejaht und bei der Festsetzung der Haftung der Erben den Grundsätzen über die Billigkeit möglichst gerecht zu werden sucht. Wenn auch freilich für eine jede juristische Konstruktion die Bedürfnisse der Praxis von großer Bedeutung sind und auf das erstrebenswerte Ziel hinweisen, so vermögen diese allein doch andererseits niemals einen Satz zu rechtfertigen, der im Gesetze keine positive Stütze findet. Aus dem Gesetz aber läßt sich u. E. eine entsprechende Anwendung des § 2206 in dem Sinne, daß an die Stelle der Verwaltung des im Eigentum sämtlicher Erben stehenden Nachlasses die Verwaltung der nur einzelnen Erben gehörigen, der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenstände tritt, nicht herleiten. Die hieraus abgeleitete Folgerung, daß der Testamentsvollstrecker Verbindlichkeiten mit Wirksamkeit gegen die von ihm verwalteten Gegenstände einzugehen befugt sei und der Erbe nur beschränkt und zwar nur mit jenem Gegenstande hafte, ist daher nicht begründet. Eine analoge Anwendung des § 2206 ist nur dann zulässig, wenn die eingegangenen Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten darstellen, für die der Alleinerbe oder alle Erben haften. Planck selbst führt den von ihm aufgestellten Grundsatz nicht ganz folgerichtig durch, denn sonst müßte er auch, wenn nur ein Erbe vorhanden ist und es sich um die Verwaltung nur einzelner Nachlaßgegenstände handelt, diese an die Stelle des ganzen Nachlasses treten lassen und auch hier die Haftung auf sie beschränken. Dies weist er aber selbst gerade ausdrücklich zurück.[2])

U. E. ist vielmehr der Testamentsvollstrecker in derartigen Fällen nicht befugt, Verbindlichkeiten einzugehen, welche gegenüber jenen einzelnen Miterben, den Eigentümern der von ihm

[1]) vgl. Planck zu §§ 2206 Erl. 3 und 2223 Erl. 3.

[2]) vgl. Planck zu § 2208 Erl. 3.

verwalteten Gegenstände wirken. Übernimmt er Verpflichtungen, so haften hieraus mangels einer dahingehenden gesetzlichen Bestimmung nicht die einzelnen Miterben, sondern nur der Testamentsvollstrecker persönlich. Im Innenverhältnis zu den Erben hat dieser natürlich einen Anspruch gegen diese auf Ersatz seiner Aufwendungen gemäß §§ 2218, 670 BGB., und sofern er die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten noch nicht erfüllt hat, einen Befreiungsanspruch aus § 257 BGB. Handelt es sich um eine Verwaltung von längerer Dauer, so wird der Testamentsvollstrecker gut daran tun, sich von den Erben zur Vornahme der Rechtsgeschäfte bevollmächtigen zu lassen, doch steht ihm hierauf kein klagbarer Anspruch zu.

Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei Verwaltung eines Erbteils.

Dasselbe gilt, wenn dem Testamentsvollstrecker vom Erblasser die Verwaltung eines Erbteils übertragen ist.[1]) Hier untersteht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers im Zweifel alles das, was dem betreffenden Erben bei der Auseinandersetzung unter den Erben zufällt. Eine analoge Anwendung des § 2206 BGB., wie sie Planck (a. a. O.) befürwortet, ist aber auch hier aus den soeben dargelegten Gründen unstatthaft. Denn da der Nachlaß schon vollständig geteilt ist — dies ist ja die Voraussetzung für die Verwaltung des Testamentsvollstreckers —, so kann auch eine Nachlaßverbindlichkeit nicht mehr gemäß § 2206 BGB. durch den Testamentsvollstrecker begründet werden. Überdies ist es auch schon um deswillen nicht möglich, weil ja die Verbindlichkeit nicht für die ganze im Eigentum der sämtlichen Erben stehende Erbschaftsmasse, sondern nur für den einen dem betreffenden Erben zustehenden Teil eingegangen wird. Aber weder eine „entsprechende“ Anwendung des § 1967 noch des § 2206 BGB. ist, wie wir des näheren nachzuweisen soeben versuchten, rechtlich zulässig.

---

[1]) Brettner im Recht 1900 S. 321 sowie Arnold S. 28f. bestreiten zu Unrecht die Möglichkeit einer derart angeordneten Testamentsvollstreckung.

§ 10.

Haftung des Erben für die Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers den Nachlaßgläubigern gegenüber bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses.

Wenden wir uns im folgenden der Erörterung der Frage zu, ob der Erbe bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung für die bisherige Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker haftet. Nach § 1978 BGB. ist er „den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses so verantwortlich, wie wenn er von der Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte". Kommt z. B. der Erbe A bei Verwaltung des Nachlasses mit einer Geldleistung, zu welcher er dem B aus irgendwelchem Grunde verpflichtet ist, in Verzug und treten infolgedessen die Verzugswirkungen der § 286 ff. BGB. ein, so macht sich A den Nachlaßgläubigern gemäß § 1978 BGB. nur dann verantwortlich, wenn ihn hierbei ein Verschulden trifft. Hat er aus Mangel an Geldmitteln nicht bezahlt, so bewirkt dies stets den Verzug gegenüber B. Den Nachlaßgläubigern gegenüber aber ist A, da für dieses Verhältnis die Grundsätze über den Auftrag Platz greifen, für den Verzugsschaden nur dann haftbar, wenn er schuldhafterweise keine Geldmittel zur Verfügung hatte.

Wie ist nun der Fall zu beurteilen, wenn nicht dem Erben A die Verwaltung des Nachlasses zusteht, sondern diese vom Erblasser dem Testamentsvollstrecker C übertragen ist und dieser schuldhafterweise dem B gegenüber in Verzug gerät? Eine Vorschrift, derzufolge der Testamentsvollstrecker seinerseits auch bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung den Nachlaßgläubigern unmittelbar nach Auftragsgrundsätzen für jedes Verschulden haftet, kennt unser Gesetzbuch nicht.[1]) Eine entgegengesetzte Ansicht vertritt Seckt,[2]) die er damit begründet:

[1]) vgl. aber § 1985 BGB., wonach der Nachlaßverwalter für die Verwaltung des Nachlasses unter entsprechender Anwendung der §§ 1978 Abs. 2, 1979, 1980 verantwortlich ist.

[2]) vgl. Seckt S. 84 ff.

Da einerseits die Nachlaßinteressenten sich die Verwaltung des Testamentsvollstreckers gefallen lassen müßten und andererseits das Gesetz den Testamentsvollstrecker zur ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichte, so müsse man „ein bestimmtes rechtliches durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz fixiertes Verhältnis des Testamentsvollstreckers zu den Nachlaßinteressenten“ und hierauf gegründet die unmittelbare Verantwortlichkeit des Testamentsvollstreckers für jedes Verschulden den Nachlaßgläubigern gegenüber annehmen. Diese der herrschenden Meinung widersprechende Auffassung ist abzulehnen, weil ein solches Rechtsverhältnis aus den gesetzlichen Bestimmungen in keiner Weise hervorgeht und sich auch nicht auf Gewohnheitsrecht zurückführen läßt.

Ist etwa der Erbe für das Verschulden, welches den Testamentsvollstrecker bei der Verwaltung des Nachlasses trifft, den Nachlaßgläubigern verantwortlich? Auch dies ist mangels einer dahingehenden ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift nicht der Fall. Eine derartige Haftung des Erben wäre auch von praktischen Erwägungen aus betrachtet, sehr unbillig. Denn wenn dem Erben die Verwaltung entzogen und er an der Nachlaßregulierung in keinerweise mitzuwirken befugt ist, so kann man ihn gerechter Weise nicht für das Verschulden einer fremden, ohne seinen Willen berufenen Person haftbar machen. Wenn er nicht die mit der Verwaltung verknüpften Rechte hat, so darf man ihm auch nicht die durch sie verursachten Schäden aufbürden, die zu vermeiden gänzlich außerhalb seiner Macht steht.

Zu diesem u. E. durchaus unbilligen und verwerflichen Ergebnis kämen wir nur dann, wenn wir in dem verwaltenden Testamentsvollstrecker einen „gesetzlichen Vertreter des Erben“ erblickten; denn in folgerichtiger Durchführung dieses Standpunktes müßten wir den Erben für jedes Verschulden des Testamentsvollstreckers gemäß § 1978 in Verb. mit § 278 BGB. den Nachlaßgläubigern gegenüber für haftbar erachten. Gerade hierin zeigt sich, zu welch mißlichen Folgen die „Theorie von der gesetzlichen Vertretung des Erben“ führt, und daß sie von praktischen Gesichtspunkten aus sicherlich nicht gerechtfertigt ist. Dies kommt auch bei Herzfelder, einem be-

deutenden Vertreter derselben, zum Ausdruck, indem dieser an einer Stelle[1]) die Haftpflicht des Erben für das Verschulden des Testamentsvollstreckers erklärt, an einer anderen aber sich dahin äußert,[2]) „das Antragsrecht gemäß § 1981 BGB. stehe den Gläubigern zweifellos nur aus Gründen zu, die in der Person des Erben gelegen sind, die Handlungen des Testamentsvollstreckers aber seien, insoweit er seine Pflichten verletze, sicherlich nicht dem Erben zur Last zu legen" und berechtigten insofern nicht zu dem Rechte des § 1981. Liegt hierin nicht eine logische Inkonsequenz? Das eine Mal würde der Erbe für das Verschulden des Testamentsvollstreckers haften, das andere Mal aber hierfür nicht verantwortlich sein!

Sofern der Testamentsvollstrecker schuldhaft die ihm obliegenden Verpflichtungen verletzt, macht er sich für den daraus entstehenden Schaden nach § 2219 BGB. dem Erben und, soweit er ein Vermächtnis zu vollziehen hat, auch dem Vermächtnisnehmer, niemals aber den Nachlaßgläubigern unmittelbar verantwortlich. Diese haben ihrerseits nur insoweit einen Anspruch gegen den Erben, als sie von diesem die Abtretung seiner nach § 2219 gegen den Testamentsvollstrecker begründeten Ansprüche, welche als Nachlaßforderungen aufzufassen sind, verlangen können. Daß sich der Testamentsvollstrecker bei Begehung einer unerlaubten Handlung den Nachlaßgläubigern nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 823ff. BGB. haftbar machen kann, bedarf wohl kaum einer besonderen Hervorhebung.[3])

§ 11.

Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers:

a) Bei Schweben einer Nachlaßverwaltung.

Wie gestalten sich die Rechte des Testamentsvollstreckers, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist? Kann der Testaments-

---

[1]) vgl. Herzfelder Bem. 7 zu § 1978 BGB.

[2]) vgl. Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff. unter I E 2 Abs 6.

[3]) vgl. Planck Vorbem. zum 6. Titel Bem. 5g; Wilke Anm. 3 zu § 2219; Meischeider, S. 515, 516; Prot. II Bd. 6 S. 350; Frommhold Anm. 1 zu § 2219; and. M. Seckt S. 84ff.

vollstrecker auch jetzt noch mit Wirksamkeit für den Nachlaß und den Erben Verbindlichkeiten gemäß § 2206 begründen? Bevor wir hierauf eingehen, müssen wir die Vorfrage kurz beantworten, ob überhaupt bei noch schwebender Testamentsvollstreckung eine Nachlaßverwaltung angeordnet werden kann und wer eine solche zu beantragen befugt ist. Das Bestehen einer Testamentsvollstreckung verhindert nicht die Anordnung einer Nachlaßverwaltung.[1]) Der Erbe kann sie jederzeit gemäß § 1981 Abs. 1 BGB. beantragen, da trotz schon vorhandener getrennter Verwaltung seines eigenen Vermögens und des Nachlasses er nur hierdurch die Beschränkung seiner Haftung geltend machen kann.[2]) Ebenso haben die Nachlaßgläubiger nach § 1981 Abs. 2 das Antragsrecht,[3]) werden von diesem wohl aber tatsächlich nur selten Gebrauch machen können, da bei Verwaltung des Nachlasses durch einen Testamentsvollstrecker Grund zu der Annahme „daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird," regelmäßig nicht besteht. Das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger auch auf den Fall analog auszudehnen, daß der Testamentsvollstrecker durch seine Verwaltung die Befriedigung derselben gefährde, ist u. E. nicht zulässig und auch um deswillen unnötig, weil sich unter solchen Umständen der Testamentsvollstrecker einer groben Pflichtverletzung schuldig machen oder sich als zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung unfähig erweisen würde und hierauf schon der Antrag der gefährdeten Gläubiger auf Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB. begründet werden könnte.[4]) Der Testaments-

---

[1]) So wohl die herrschende Meinung: vgl. Planck Vorbem. zum 6. Titel Bem. 5 c α; Weißler S. 191; Strohal § 79 Nr. 4; Arnold S. 53; Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 43 S. 620 Anm. 15; Böhm im Recht 1900 S. 272; Endemann Bd. 3 § 54 Anm. 33, 34; Prot. II Bd. 5 S. 539, Bd. 6 S. 350. And. A. Brettner S. 222 u. im Recht 1900 S. 320 u. bezweifelnd Frommhold Anm. 1 zu § 2225.

[2]) vgl. aber Wilke Anm. 1 zu § 1981, der dem Erben nur unter gewissen Einschränkungen das Antragsrecht gewährt.

[3]) and. A. Seckt S. 96 Bem. 1.

[4]) zust. Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197 ff. unter E II und Jeglinsky S. 60 f. And. A. Planck, Vorbem. zum 6. Titel Anm. 5 c β.

vollstrecker selbst kann, da er, wie für diesen Fall sogar Herzfelder zugibt,[1]) nicht Vertreter des Erben ist, die Nachlaßverwaltung nicht beantragen, würde er sich doch auch sonst der ihm selbst obliegenden Verwaltungspflicht entziehen.[2])

Die Wirkungen der Nachlaßverwaltung auf die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers sind die, daß diesem während deren Dauer die Verwaltung und damit auch die Verpflichtungsbefugnis entzogen ist. Eine dahingehende Vorschrift hat zwar der Gesetzgeber nicht ausdrücklich getroffen, sie ist aber aus einer sinngemäßen Auslegung des § 1984 BGB. abzuleiten. Hatte der Erbe selbst die Verwaltung, so verliert er mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Befugnis hierzu; steht einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung zu, so muß für diesen das gleiche gelten. Die Nachlaßverwaltung führt demnach eine Suspension der Verwaltungsrechte und somit der Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers herbei. Indem der Erbe, wie wir oben schon erwähnten, sie stets beantragen kann, ist ihm damit ein Mittel in die Hand gegeben, den Testamentsvollstrecker von der Verwaltung zeitweise auszuschließen. Freilich wird, wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen, das Nachlaßgericht in der Regel den Testamentsvollstrecker zum Nachlaßverwalter ernennen. Ist die Nachlaßverwaltung beendet, so kann das Verwaltungsrecht und hiermit die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers wieder aufleben, wenn nicht, was wohl regelmäßig zutreffen wird, unter diesen Umständen die dem Testamentsvollstrecker gestellten Aufgaben nunmehr ebenfalls erfüllt sind.[3])

b) Bei Schweben eines Nachlaßkonkurses.

Das Gleiche gilt, wenn der Konkurs über den Nachlaß eröffnet worden ist.[4]) Auch in diesem Falle ist das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers, solange das Verfahren dauert, suspendiert; während dieser Zeit kann der Testamentsvollstrecker

---

[1]) vgl. Herzfelder Vorbem. vor §§ 2196ff. unter E I.
[2]) So die herrschende Meinung; and. A. Cosack § 396 Anm. 8.
[3]) vgl. Mot. Bd. 5 S. 226.
[4]) vgl. die §§ 1975ff. BGB.

also auch nicht Verpflichtungen mit Wirksamkeit für den Nachlaß oder den Erben eingehen.[1]) Die vordem vom Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Verpflichtungsbefugnis übernommenen Verbindlichkeiten werden im Nachlaßkonkurs als Masseschulden gemäß § 224 Ziff. 5 KO. behandelt.[2])

§ 12.

Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auf Grund seiner Prozeßführungsmacht.

Einer besonderen Erörterung bedarf auch die Frage, ob und inwieweit der Testamentsvollstrecker durch die mit seinem Verwaltungsrecht verknüpfte Prozeßführungsmacht den Nachlaß und den Erben verpflichten kann. Nach § 2212 BGB. kann ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht nur von diesem gerichtlich geltend gemacht werden, und ein hierüber ergehendes Urteil wirkt gemäß § 327 ZPO. für und gegen den Erben. Der Testamentsvollstrecker kann demnach mit Wirksamkeit für und gegen den Erben Leistungs- und Feststellungsklagen anstrengen, er kann auch Widerklage erheben und in einem Rechtsstreite auch mit Ansprüchen aufrechnen. Auch Arreste und einstweilige Verfügungen kann er erwirken, im Mahn- und Zwangsvollstreckungsverfahren seinen Anspruch geltend machen.[3]) Das Klagrubrum wird als Partei: „N N in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker des Xschen Nachlasses“ bezeichnen.[4])

---

[1]) Eine Ausnahme gegenüber der Nachlaßverwaltung besteht nur darin, daß der Testamentsvollstrecker selbst die Eröffnung des Konkurses beantragen oder, wenn diese vom Erben beantragt wird, hierüber zu hören ist; vgl. § 217 Abs. 1 u. 3 KO.

[2]) vgl. Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff. unter I E 3; Planck Vorbem. zum 6. Titel Bem. 5d.

[3]) vgl. u. a. Herzfelder, Planck zu § 2212; Euker S. 103.

[4]) So auch Herzfelder zu §§ 2212—2214 Bem. I A — trotz seiner Auffassung des Testamentsvollstreckers als eines Vertreters des Erben. Er müßte folgerichtig die Erben, welche er ja als Partei erachtet, auch als solche im Rubrum des Prozesses anführen.

Von besonderer Bedeutung für seine Verpflichtungsbefugnis ist auch das ihm zukommende Recht, im Wege des Vergleichs den Prozeß zu erledigen,[1]) wobei er mit Wirksamkeit gegen den Erben Verbindlichkeiten dem Prozeßgegner gegenüber übernehmen kann. Wird der Testamentsvollstrecker mit seiner Klage kostenpflichtig abgewieson, so trägt die Kosten gemäß §§ 91 ff. ZPO. nicht der Testamentsvollstrecker persönlich, wiewohl wir ihn und nicht den Erben als Partei auffassen, sondern sie fallen aus den oben des näheren dargelegten Gründen[2]) dem Nachlasse und insofern dem Erben zur Last, da der Testamentsvollstrecker in dessen Interesse und für dessen Rechnung und Gefahr prozessiert. Auch hierdurch verpflichtet er demnach auf Grund seiner Prozeßführungsmacht den Nachlaß und den Erben.

Was ferner die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Passivprozessen betrifft, so steht diese nach § 2213 BGB. dem Testamentsvollstrecker nur dann zu, wenn er zur Verwaltung des ganzen Nachlasses bestellt ist.[3]) Daß einzelne Nachlaßgegenstände seiner Verwaltung nicht unterliegen,[4]) schließt freilich jene Befugnis des Testamentsvollstreckers noch nicht aus. Wäre er aber umgekehrt nur zur Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände oder eines Erbteils eines Miterben berufen, so könnten nicht gegen ihn, sondern nur gegen den Erben die Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden, aus diesem Grunde wäre ihm daher schon von vornherein die Möglichkeit genommen, als Beklagter im Prozesse Verbindlichkeiten mit Wirksamkeit gegen den Nachlaß und den Erben zu übernehmen.

Ist aber der Testamentsvollstrecker zur Führung des Rechtsstreites berechtigt, so wirkt das Urteil, welches zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Dritten über einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch ergeht, für und gegen den Erben gemäß § 327 Abs. 2 ZPO. Selbst wenn der Klage des Dritten nur

---

[1]) vgl. RG. Bd. 56 S. 327.
[2]) vgl. oben S. 24, 29 und die unter S. 24 Anm. 5 zitierten Schriftsteller.
[3]) vgl. § 2205 BGB.
[4]) vgl. § 2205 BGB.

infolge der lässigen, schlechten Führung des Prozesses durch den Testamentsvollstrecker stattgegeben worden ist, wird der Nachlaß und insofern der Erbe durch das ergangene Urteil oder den gerichtlich geschlossenen Vergleich verpflichtet. Um sich vor einer solchen durch die Prozeßführung des Testamentsvollstreckers begründeten, objektiv vielleicht ungerechtfertigten Verbindlichkeit zu schützen, hat der Erbe das Mittel, als streitgenössischer Nebenintervenient gemäß §§ 66, 69 ZPO. bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels in das gerichtliche Verfahren einzugreifen. Tut er dies aber nicht oder nicht rechtzeitig, so wird er, insoweit er für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, gemäß dem Urteil verpflichtet. Daß der Erbe im Innenverhältnis, sofern den Testamentsvollstrecker bei der Prozeßführung ein Verschulden trifft, von diesem nach § 2219 BGB. Schadensersatz fordern kann, interessiert hier nicht. Auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung des zugunsten des Dritten ergangenen Urteils kann dieser die Zwangsvollstreckung in den der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaß nach § 748 ZPO. betreiben, er kann sich ferner auch bei noch schwebender Verwaltung des Testamentsvollstreckers eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils gegen den Erben nach § 728 Abs. 2 ZPO. erteilen lassen, um in das Vermögen des Erben zu vollstrecken. Zur Herbeiführung der Beschränkung seiner Haftung genügt es, wenn der Erbe im Zwangsvollstreckungsverfahren sich diese vorbehält, da er im allgemeinen nach § 780 Abs. 2 ZPO. auch ohne Vorbehalt im Urteil sich die Beschränkbarkeit gewahrt hat. Hat der Erbe aber ausnahmsweise nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches[1]) die Beschränkbarkeit verloren, so wird er in noch stärkerem Maße persönlich verpflichtet: Er muß dulden, daß der Dritte auf Grund des gegen den Testamentsvollstrecker erwirkten Urteils in sein eigenes Vermögen vollstreckt.[2])

---

[1]) vgl. die §§ 1994, 2005, 2006 BGB.

[2]) So auch Planck zu § 2213 Bem. 2aα; Eccius in GruchotsBeitr. Bd. 43 S. 611; Strohal § 40a unter I, 1c; and. M. Frommhold Anm. 4; Endemann Bd. 3 § 54 Nr. 4b.

Unrichtig ist u. E. die Ansicht Endemanns,[1]) „Prozeßführung und Urteil wirkten nur in dem Umfange auf den Erben, in dem der Testamentsvollstrecker berechtigt sei, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen“ gemäß §§ 2206, 2207, 2209 BGB., der Dritte könne also regelmäßig nur dann durch Anstrengung einer Klage gegen den verwaltenden Testamentsvollstrecker ein auch gegen den Erben wirksames Urteil erstreiten, wenn die Einlassung auf den Prozeß und die Verteidigung seitens des Testamentsvollstreckers zur „ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich“ sei.[2]) Gegen diese Auffassung spricht der klare Wortlaut des Gesetzes, der eine derartige Einschränkung in keiner Weise erwähnt und daher auch nicht rechtfertigt.[3])

Auch von praktischen Erwägungen aus wäre dies sehr unbillig, denn der klagende Dritte ist nur selten vor dem Prozesse in der Lage zu entscheiden, ob die Verteidigung durch den Testamentsvollstrecker zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist oder nicht; daher darf die Berechtigung und Wirksamkeit seiner Klage auch nicht hiervon bedingt sein. Der Testamentsvollstrecker aber, der verklagt ist, muß, um einem Versäumnisurteil vorzubeugen, sich gegen den geltend gemachten Anspruch im Prozesse wehren.[4])

Zusammengefaßt ergibt sich demnach, daß der Testamentsvollstrecker auch im Wege der Prozeßführung den Nachlaß und den für die Nachlaßverbindlichkeiten haftenden Erben zu verpflichten befugt ist, indem er ihn regelmäßig für diese Verbindlichkeiten nur, soweit der Nachlaß reicht, haftbar macht, ausnahmsweise aber auch eine Haftung des Erben mit seinem eigenen Vermögen hierdurch begründen kann.

---

[1]) vgl. Endemann Bd. 3 § 54 unter 4b Ziff. 2.

[2]) So auch Frommhold Anm. 3b zu § 2213.

[3]) vgl. hierzu vor allem die Ausführungen Plancks (zu § 2213 Anm. 2aα), der mit Recht auf die Unklarheit des von Endemann u. Frommhold vertretenen Satzes hinweist.

[4]) Ähnlich Euker S. 109; Herzfelder zu §§ 2212—2214 Anm. 1B Abs. 2; Böhm im Recht 1900 S. 272ff.

§ 13.

Die Verpflichtungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers, welcher selbst Erbe ist.

Eine besondere Hervorhebung und Besprechung erfordert auch noch der Fall, daß ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker bestellt worden ist. Daß eine solche Anordnung seitens des Erblassers zulässig ist, ist mit der herrschenden Meinung[1]) anzunehmen. Fraglich könnte dies um deswillen erscheinen, weil der Testamentsvollstrecker, welcher selbst Miterbe ist, durch alle seine Verfügungen und, was für diese Abhandlung von besonderer Bedeutung und Interesse ist, auch durch die Eingehung von Verbindlichkeiten nicht nur wie im Normalfalle als völlig Unbeteiligter ein fremdes Vermögen und dessen Eigentümer, sondern auch sich selbst verpflichtet. Nimmt er z. B. im Rahmen seiner Befugnisse ein Darlehen auf, so begründet er hiermit eine Nachlaßverbindlichkeit, für welche die Erben nach §§ 2058 ff. BGB. und insofern auch er selbst haftet.

An der Zulässigkeit und Wirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäfts zu zweifeln, gibt das Gesetz keinen Anhalt. Die Verpflichtungsbefugnis wäre dem Miterben nur dann abzusprechen, wenn ein Fall der sogen. Interessenkollission vorliegen würde. Wann dies zutrifft, ist eine Tatfrage, die sich nur nach der besonderen Sachlage entscheiden läßt. Immerhin sei hier bemerkt, daß der vom Kammergericht eingenommene, in einer großen Zahl seiner Entscheidungen[2]) zum Ausdruck gekommene Standpunkt die Befugnisse eines zum Testamentsvollstrecker ernannten Miterben allzusehr einschränkt, indem es bei allen Verfügungen desselben im eigenen Interesse stets „Interessenkollission" als vorhanden erachtet. Vielmehr ist davon auszugehen, daß auch für den Miterben, welchen der Erblasser zum Testamentsvollstrecker bestellt hat, in erster Linie, da eine entgegenstehende

---

[1]) So Planck zu § 2197 Bem. 8; Strohal § 40 Anm. 13; Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197 ff., Bem. III Ziff. 2e; Dernburg, Bürgerl. R. § 136; Cosack Bd. 2 S. 807; Peiser S. 222 Anm. 15; Scherer Bd. 5 S. 266; Mayer u. Reis S. 111 Anm. 2, u. a. m.; vgl. auch EFG. Bd. 10 S. 116.

[2]) vgl. z. B. KG. in RJA. Bd. 3 S. 101, 167, Bd. 3 S. 44.

gesetzliche Bestimmung nicht besteht, die §§ 2203—2206 BGB. gelten, daß auch dieser demnach grundsätzlich alle Rechte besitzt, welche das Gesetz dem Testamentsvollstrecker überhaupt gewährt. Nur wenn der Tatbestand des § 2208 Abs. 1 Satz 1 erfüllt ist, d. h. anzunehmen ist, daß gewisse Befugnisse nach dem Willen des Erblassers dem Miterben nicht zustehen sollen, ist ihm insoweit die Verpflichtungsbefugnis entzogen. Ein solcher abweichender Wille des Erblassers muß aber aus dem Vorliegen ganz besonderer Umstände erhellen, bewirkt eine Ausnahme und bildet keineswegs die Regel. Vielmehr hat grundsätzlich der zum Testamentsvollstrecker bestellte Miterbe in gleichem Maße die Verpflichtungsbefugnis wie jeder andere Testamentsvollstrecker. Die Annahme des Kammergerichts, er besitze sie nur auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung des Erblassers,[1]) ist abzulehnen.[2]) Ist der Testamentsvollstrecker infolge „Interessenkollision“ zu persönlichem Handeln nicht befugt, so kann er für dieses einzelne Geschäft einen Vertreter bestellen.[3])

Ein Alleinerbe kann hingegen nicht gleichzeitig Testamentsvollstrecker sein, es sei denn, der Erblasser habe ihn zu dem Zwecke eingesetzt, daß er für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorge.[4]) Denn die Bestellung eines Testamentsvollstreckers soll, wie sich aus §§ 2306, 2376 BGB. und § 863 ZPO. ergibt, eine Beschränkung der Rechte des Erben enthalten, dem Erben soll die freie Verfügung über den Nachlaß entzogen sein.[5]) Wäre aber der Erbe

---

[1]) vgl. KG. in RJA. Bd. 4 S. 186.

[2]) vgl. zust. Rspr. Bd. 4 S. 437; RG. Bd. 61 S. 139ff.; Dernburg, Bürgerl. R. § 136 Anm. 6; KGJ. Bd. 36 A S. 20; Rspr. Bd. 6 S. 306, Bd. 9 S. 396.

[3]) So auch Euker S. 45; Herzfelder, Vorbem. vor §§ 2197ff., Bem. III, 2e; Neumann § 2206, Rspr. Bd. 6 S. 303; KGJ. Bd. 26 A S. 20.

[4]) vgl. § 2223 BGB.; zust. Planck zu § 2197 Anm. 8; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 5 § 136 N. 8; Strohal § 40 N. 13; KGJ. Bd. 33 A S. 159 und in SeuffArch. Bd. 62 N. 140 S. 239; vgl. ferner Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff., Bem. 3 Ziff. 2f., welcher die Zulässigkeit der Ernennung eines Universalerben zum Testamentsvollstrecker auch im Falle des § 2223 leugnet.

[5]) vgl. § 2211 BGB.; vgl. auch preuß. Ausführungsverfügung v. 20. 11. 1899 §§ 11 u. 12.

selbst Testamentsvollstrecker, so entfiele der dem Institut zugrunde liegende Zweck. Die entgegengesetzte Ansicht Cosacks[1]) und die von ihm hieraus gezogene Schlußfolgerung, der Erblasser könne unter Ernennung des Erben auf Lebenszeit zum Testamentsvollstrecker auf diese Weise den Nachlaß vor dem Zugriffe der Gläubiger des überschuldeten Alleinerben schützen,[2]) ist daher irrig. Denn das Institut des Testamentsvollstreckers ist nicht nur dazu bestimmt, den persönlichen Interessen des Erben zu dienen, vielmehr bildet gerade ein Begriffsmerkmal der Testamentsvollstreckung, daß der Vollstrecker Interessen verfolgt, welche nicht seine eigenen sind, und daß er, wie bemerkt, den Erben beschränkt.[3])

Hiermit ist auch die von uns soeben dargelegte Ansicht im Einklang, ein Miterbe könne zum Testamentsvollstrecker bestellt werden. Denn hier ist nicht jeder einzelne Miterbe, sondern die Gesamtheit derselben durch den Testamentsvollstreker beschränkt, jeder einzelne Miterbe und auch der zum Testamentsvollstrecker bestellte aber als Mitglied dieser Gesamtheit. Daher ist auch, wenn ein Miterbe unter Einräumung der Befugnisse gemäß § 2209 zum Testamentsvollstrecker bestellt und die Auseinandersetzung des Nachlasses tatsächlich erfolgt ist, die Bestellung desselben hinsichtlich seines eigenen Anteiles nunmehr unwirksam.[4]) Ein weiteres Argument gegen die Richtigkeit der Ansicht Cosacks ergibt sich ferner aus § 2218 BGB.: Wenn hier gewisse Vorschriften über den Auftrag auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker für entsprechend anwendbar erklärt sind, so geht hieraus hervor, daß eine Mehrheit von Personen, zwischen denen die einzelnen Rechtsbeziehungen stattfinden, vorhanden sein muß. Könnte der Alleinerbe gleichzeitig Testamentsvollstrecker sein, so wäre jene wichtige Vorschrift begrifflich unanwendbar.[5])

---

[1]) vgl. Cosack Bd. 2 § 396 Anm. 15; ebenso Feilitsch in DJZ. 1905 S. 348.

[2]) vgl. § 2214 in Verb. mit §§ 2209, 2210 BGB.

[3]) vgl. Planck zu § 2197 Bem. 5; Euker S. 42f.; Jeglinsky S. 35.

[4]) vgl. Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197ff. Anm. III Ziff. 2e.

[5]) vgl. Euker S. 42.

III.

§ 14.

Theoretische Begründung der Wirksamkeit der vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Nachlasse und den Erben.

Haben wir bisher die Frage erörtert, in welchem Umfange der Testamentsvollstrecker mit Wirksamkeit für den Nachlaß und den für die Nachlaßverbindlichkeiten haftenden Erben Verbindlichkeiten eingehen kann, so soll in folgendem noch versucht werden, eine theoretische Erklärung für die Tatsache zu geben, daß der Erbe in der geschilderten Weise durch die Handlungen des Testamentsvollstreckers verpflichtet wird. Wir können uns hierüber kurz fassen, da wir eingangs dieser Abhandlung unsere Auffassung von der rechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen schon des näheren dargelegt haben.[1]) Indem wir eine jede Theorie, welche in dem Testamentsvollstrecker einen „Vertreter" erblickt, aus den oben[2]) geschilderten Bedenken ablehnten, erklärten wir den Testamentsvollstrecker für einen „Eigenberechtigten", welcher auf Grund der durch ausdrückliche gesetzliche Vorschriften ihm gewährten Befugnisse wirksam in die Rechtssphäre des Erben eingreift. Läßt sich die Wirksamkeit der vom Vater eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber seinem Kinde oder der vom Vormund übernommenen Verpflichtungen gegenüber seinem Mündel auf deren „Vertretungsmacht" zurückführen, so kann im Gegensatz hierzu die Gültigkeit der vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Erben nicht mit einem solchen Vertretungsverhältnis begründet werden. Indem der Testamentsvollstrecker eine dem Erben gegenüber wirksame Verpflichtung übernimmt, macht er vielmehr von einem ihm persönlich eigenen Rechte Gebrauch, ähnlich wie dies der Konkursverwalter oder der

[1]) vgl. oben S. 28—30.

[2]) vgl. oben S. 15ff., insbes. S. 19ff.

Nachlaß- und Zwangsverwalter bei Verwaltung der ihnen unterstellten Vermögensmassen tun. Alle diese zuletzt Genannten dürfen wir nicht als „Vertreter“ im technischen Sinne der Subjekte der von ihnen verwalteten Vermögensmassen auffassen, sie sind vielmehr der Gruppe der „Verfüger über fremde Rechte“ einzureihen.[1]) Zwecks Erledigung der ihnen obliegenden Aufgaben, deren Durchführung nicht nur im Interesse einer einzelnen Person, sondern der Regel nach einer Mehrheit von Personen liegt, sind diese befugt, in die Rechte eines Dritten gestaltend einzugreifen.

Da ihnen aber auch die Besorgung fremder Geschäfte obliegt, so ist die analoge Anwendung — eine unmittelbare ist unstatthaft, da sie keine „Vertreter“ sind — einzelner Grundsätze über die Stellvertretung auf sie rechtlich zulässig und aus praktischen Gründen empfehlenswert.

Analoge Anwendung einzelner Sätze über die Stellvertretung auf die Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers.

Im einzelnen ergibt sich hieraus folgendes: § 164 Abs. 1 BGB. ist auf den Testamentsvollstrecker nicht anwendbar, da dieser nicht „im Namen des Erben“, sondern im eigenen Namen handelt. Etwas anderes gilt für den Abs. 2 dieses Paragraphen: Dieser ist u. E. analog anzuwenden. Würde der Wille des Testamentsvollstreckers, in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker zu handeln, nicht erkennbar hervortreten, so würde der Mangel seines Willens, für sich persönlich zu handeln, nicht in Betracht kommen. A nimmt beispielsweise ein Darlehen auf, mit dem Willen, dies in seiner Eigenschaft als verwaltender Testamentsvollstrecker zu tun, bringt diesen Willen aber nicht zum Ausdruck. Mag nun auch A nicht für sich persönlich das Rechtsgeschäft haben vornehmen wollen, so kann der Gegner trotzdem ihn persönlich in Anspruch nehmen. In dem Zusatze: „Als Testamentsvollstrecker des Nachlasses des verstorbenen X“ ist aber stets die genügende Kenntlichmachung zu erblicken.

---

[1]) vgl. Fischer-Henle Vorbem. z. 5. Titel des allgem. Teils des BGB.

Eine Anwendung des § 165 verbietet sich, da gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 2201 der Ernannte in dem Zeitpunkte, in welchem er das Amt anzutreten hat, weder geschäftsunfähig, noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein, noch nach § 1910 BGB. zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten haben darf.

Hingegen ist § 166 Abs. 1 BGB. auch auf die vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäfte in analoger Weise anzuwenden: Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Erben, da dieser auf die Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts gar keinen Einfluß besitzt, sonders die des Testamentsvollstreckers in Betracht. Soll demnach eine vom Testamentsvollstrecker eingegangene Verbindlichkeit nachträglich angefochten werden, so ist dies nur dann zulässig, wenn Willensmängel gemäß §§ 116—123 BGB. bei Abschluß des Vertrags auf seiten des Testamentsvollstreckers vorgelegen haben. Daher tritt z. B. eine Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 2 dann nicht ein, wenn der Testamentsvollstrecker — auf den Erben kommt es nicht an — den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte). Weitere Beispiele, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, bieten u. a. die §§ 142 Abs. 2, 169, 179 Abs. 3, 307 Abs. 1 und 405 BGB. Daß auch bei einem Erwerb, der sich auf den guten Glauben gründet, gemäß §§ 892, 932 BGB. die Person des Testamentsvollstreckers und nicht die des Erben wesentlich ist, braucht nur in aller Kürze erwähnt zu werden, da es sich hierbei um „Verfügungen" des Testamentsvollstreckers, nicht aber die Übernahme von Verbindlichkeiten handelt.

Die folgenden §§ 167—176 BGB. sind wiederum unanwendbar. Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit der durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte erfolgten Annahme desselben. Dritte können sich, wie sich aus § 2368 in Verb. mit §§ 2365, 2366 BGB. ergibt, auf ihre gutgläubige Annahme, der Testamentsvollstrecker sei zur Vornahme des Rechtsgeschäfts berechtigt, nur dann berufen, wenn diesem ein Zeugnis

nach § 2368 BGB. ausgestellt ist, aber auch dann nur insoweit, als es sich um rechtsgeschäftsliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers handelt. Hingegen gewährt auch das Zeugnis — und dies ist für unsere Abhandlung von besonderem Interesse — keinen Schutz in Ansehung der obligatorischen Verflichtungen, soweit also der Testamentsvollstrecker Verbindlichkeiten eingeht. Wie schon oben des näheren ausgeführt, kann der Testamentsvollstrecker stets nur im Rahmen seiner Befugnisse den Erben verpflichten.

Die §§ 177, 178 BGB. sind nur sehr eingeschränkt analog anwendbar: Hat der Testamentsvollstrecker unter Überschreitung seiner Verpflichtungsbefugnis einen Vertrag geschlossen, so ist dieser dem Erben gegenüber zunächst völlig unwirksam. Der Erbe kann jedoch nachträglich durch seine Genehmigung die Wirksamkeit desselben herbeiführen, freilich erst dann, wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers beendet ist, ohne daß der Vertragsgegner von dem ihm nach § 178 BGB. zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat. Solange aber die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch schwebt, ist der Erbe von jeder Verwaltungshandlung und so auch der Erteilung der Genehmigung ausgeschlossen.

Von großer Bedeutung ist aber der folgende Paragraph (§ 179 BGB.), läßt sich doch durch dessen analoge Anwendung eine persönliche Haftung des Testamentsvollstreckers bei Überschreiten seiner Befugnisse gegenüber dem Vertragsgegner begründen und hiermit die Gefahr, welche der mit einem Testamentsvollstrecker kontrahierende Dritte infolge der für ihn bestehenden Ungewißheit über die Wirksamkeit des Vertrags gegenüber dem Erben des öfteren läuft, etwas mildern. Sofern daher die Voraussetzungen des § 2206 BGB. nicht erfüllt und die vom Testamentsvollstrecker eingegangene Verbindlichkeit infolgedessen dem Erben gegenüber ungültig ist, wird dieser dem anderen Teile gemäß analoger Anwendung des § 179 BGB. persönlich verpflichtet zur Erfüllung, zum Schadensersatz oder doch zum Ersatze des sogen. negativen Vertragsinteresses (Klarheits-, Vertrauensinteresses).[1])

[1]) Zust. Planck zu § 2206 Bem. 9; Komm. d. RGRäte § 2206; Neumann § 2206; Euker S. 94.

Ob die im § 180 BGB. getroffene Bestimmung eine analoge Anwendung auf den Testamentsvollstrecker gestattet, braucht hier nicht untersucht zu werden, da sie sich auf einseitige Rechtsgeschäfte bezieht und daher nicht in den Rahmen des Themas unserer Abhandlung fällt. Was die Anwendung des § 181 BGB. auf den Testamentsvollstrecker betrifft, so gilt folgendes: Bringt der Abschluß des Rechtsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker, der als Verwalter des Nachlasses dieses mit sich im eigenen Namen vornimmt, eine Interessenkollision auf seiten des Testamentsvollstreckers mit sich — und dies wird meist zutreffen —, so erheischt der der Bestimmung des § 181 BGB. zugrunde liegende Gedanke eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf ihn. Ein solches Rechtsgeschäft wäre demnach nichtig. Ist dies aber nicht der Fall, so findet die dort getroffene Bestimmung auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung, da dieser ja u. E. nicht Vertreter des Erben ist, vielmehr seine Befugnisse zu eigenem Rechte ausübt.[1])

Daß wir infolge Ablehnung eines Stellvertretungsverhältnisses das unbillige Ergebnis vermeiden, den Erben für das Verschulden des Testamentsvollstreckers nach § 278 BGB. haften zu lassen, haben wir an anderer Stelle dargelegt, es genügt daher hier, auf die obigen Ausführungen[2]) zu verweisen.

---

[1]) vgl. Euker S. 22; RG. Bd. 61 S. 145; and. M. in folgerichtiger Durchführung seines Standpunktes Herzfelder Vorbem. vor §§ 2197 ff.; s. aber auch KG. in Rspr. Bd. 8 S. 31 ff.

[2]) vgl. S. 60 f.

C. Schlußergebnis.

Fassen wir zum Schlusse das Ergebnis der obigen Ausführungen kurz zusammen, so ergibt sich folgendes: Trotz der Beschränkungen, denen der Erbe gemäß § 2206 BGB. der Regel nach unterworfen ist, besitzt er doch eine außerordentlich große Verpflichtungsbefugnis, gegründet einerseits auf sein Recht zum Abschluß von Rechtsgeschäften, andererseits auf seine ausgedehnte Prozeßführungsmacht. Der Umfang seiner Befugnisse läßt sich nur mit dem Rechte des Konkursverwalters vergleichen. Wenn auch dieser nach § 134 KO. bei Eingehung gewisser Verbindlichkeiten an die Genehmigung des Gläubigerausschusses gebunden ist, so ist doch auch bei mangelnder Genehmigung die Rechtshandlung nach außen hin stets gültig gemäß § 136 KO. Es werden in der Regel aus diesen Rechtsgeschäften des Konkursverwalters Masseschulden entstehen, welche aus der Konkursmasse vorweg zu berichtigen sind, für die aber, sofern für sie eine Deckung bei der Verteilung nicht vorhanden wäre, auch noch nach Aufhebung — von einer Beendigung des Verfahrens durch Zwangsvergleich abgesehen — der Gemeinschuldner persönlich haftet. Die sonstigen Verwalter eines fremden Vermögens besitzen eine solch wenig beschränkte Verpflichtungsbefugnis nicht. Vater und Vormund, gesetzliche Vertreter, haben zur Vornahme wichtiger Geschäfte die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vorweg einzuholen, sonst sind die von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten dem Kinde und dem Mündel gegenüber unwirksam,[1]) der Vorerbe kann den Nacherben regelmäßig nicht, der Mann die Frau in keinem der Güterstände persönlich verpflichten, da er nicht ihr gesetzlicher Vertreter ist. Umgekehrt ist die Verpflichtungs-

[1]) vgl. §§ 1643 u. 1821 Ziff. 3 BGB.

befugnis der Frau auf den Rahmen ihrer Schlüsselgewalt beschränkt.[1]) Nur selten wohl wird auf rechtsgeschäftlichem Wege jemand eine Vollmacht erteilen, welche Befugnisse in dem Maße gewährt, wie sie der Testamentsvollstrecker besitzt.

Zum Schlusse erlaube ich mir, Herrn Professor Dr. André für die Anregung zu dieser Arbeit sowie für die wertvollen Ratschläge, durch welche er mich unterstützte, meinen herzlichsten Dank auszusprechen.

[1]) vgl. § 1357 BGB.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich wurde geboren am 20. März 1892 zu Frankfurt a. M. als Sohn des Arztes Dr. med. Leopold Auerbach. Nach dreijährigem Besuche der Vorschule des Wöhler-Realgymnasiums zu Frankfurt a. M. und neunjährigem des dortigen Goethe-Gymnasiums erhielt ich Ostern 1910 das Zeugnis der Reife. Von Sommer 1910 ab studierte ich die Rechtswissenschaften an den Universitäten zu Heidelberg, Bonn, Berlin und Marburg. Am 12. Juli 1913 bestand ich vor der Kgl. Prüfungskommission des Oberlandesgerichts zu Cassel mein erstes juristisches Staatsexamen. Unter Ernennung zum Referendar wurde ich hierauf dem Kgl. Amtsgericht Königstein im Taunus überwiesen, wo ich zurzeit noch beschäftigt bin.

Das mündliche Doktorexamen legte ich am 14. Februar 1914 an der Universität Marburg ab.